

**OM HENSYNET TIL BARNETS BESTE OG DET
BIOLOGISKE PRINSIPP I SAKER OM
TVANGSADOPSJON**

Kandidatnummer: 662

Leveringsfrist: 25.11.2007

Til sammen 17 990 ord

08.07.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling	2
1.3	Avgrensninger	3
1.4	Rettskildene	3
<u>2</u>	<u>MENNESKERETTIGHETENES FORHOLD TIL NASJONAL RETT OG KONVENSJONENES FORHOLD TIL HVERANDRE</u>	<u>5</u>
2.1	Menneskerettighetenes rettskildemessige stilling i norsk rett	5
2.2	Forholdet mellom EMK og barnekonvensjonen	8
<u>3</u>	<u>BARNEVERNLOVENS FORHOLD TIL BARNELOVA OG TILTAK ETTER BARNEVERNLOVEN</u>	<u>11</u>
<u>4</u>	<u>PRINSIPPENE I BARNEVERNRETEN</u>	<u>13</u>
4.1	Legalitetsprinsippet	13
4.2	Minste inngreps prinsipp	14
4.3	Prinsippet om barnets beste	15
4.4	Det biologiske prinsipp og dets forhold til prinsippet om barnets beste	18
<u>5</u>	<u>TVANGSADOPSJON ETTER BARNEVERNLOVEN § 4-20 – EN OVERSIKT</u>	<u>24</u>
5.1	Barnevernloven § 4-20 første og andre ledd	24

5.2	Barnevernloven § 4-20 tredje ledd	24
5.2.1	Bokstav a)	25
5.2.2	Bokstav b)	26
5.2.3	Bokstav c)	26
5.2.4	Bokstav d)	26

6 NÆRMERE OM PRINSIPPET OM BARNETS BESTE I BARNEVERNLOVEN § 4-20 TREDJE LEDD BOKSTAV B)

27

6.1	Innholdet i barnets beste	27
6.1.1	Stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen	27
6.1.2	Samvær med biologiske foreldre	28
6.1.3	Trygghet	29
6.1.4	Forholdet mellom fosterforeldrene og barnet	31
6.1.5	Likestillingsvirkning i forhold til andre barn i fosterfamilien	32
6.1.6	Barnets eget ønske	32
6.1.7	Identitet	34
6.1.8	Kulturell bakgrunn	35
6.2	Beviskravet for ”barnets beste”	36
6.3	Generelle og individuelle momenter	36
6.4	Hensynet til de biologiske foreldrene	37

7 HVORDAN BLIR HENSYNET TIL BARNETS BESTE VEKTLAGT I FORHOLD TIL DET BIOLOGISKE PRINSIPP I SAKER OM TVANGSADOPSJON?

40

7.1	Adelesaken og dens følge for norsk rettspraksis	40
7.1.1	Adelesaken	40
7.1.2	Etterfølgende norsk rettspraksis	43
7.1.3	Ekstraordinære tilfeller	47
7.1.4	Har Adelesaken for EMD ført til en større vektlegging av det biologiske prinsippet i Norge?	48
7.2	Hvordan veies det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste i Høyesterett?	50

<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE KOMMENTARER</u>	<u>54</u>
8.1	Avsluttende kommentarer	54
8.2	De lege ferenda	55
<u>9</u>	<u>KILDER</u>	<u>58</u>

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for denne oppgaven er adopsjon av barn som barnevernstiltak, såkalt tvangsadopsjon.

Hovedreglen ved adopsjon av barn er at de biologiske foreldrene skal samtykke til dette, jf. lov om adopsjon (adopsjonsloven, adl.) 28.2.1986 nr. 8 § 7, i tillegg finnes det en mulighet for å adoptere barn mot de biologiske foreldrenes vilje som barneverntiltak. I slike saker gir fylkesnemnda samtykke til adopsjon i foreldrenes sted. Barn som adopteres på denne måten har vært under omsorg av barnevernet lenge. De har gjerne bodd flere år i fosterhjemmet som ønsker å adoptere dem, og kontakten med de biologiske foreldrene er enten ikke-eksisterende eller minimal. Hjemmel for tvangsadopsjon er lov om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.) 17.7.1992 nr. 100 § 4-20.

Tvangsadopsjon er svært inngripende i den private sfære. Tiltak i barnevernloven har karakter av å være midlertidige. Tvangsadopsjon skiller seg fra de andre tiltakene ved at dette er et endelig tiltak.¹ Adopsjon kan ikke omgjøres selv om de biologiske foreldrene eller adoptivforeldrenes situasjon endres. Tidligere var det anledning til å omgjøre en adopsjon, men denne adgangen ble fjernet ved adopsjonsloven av 1986, og adopsjon er dermed gjort irreversibelt. Ved adopsjon vil alle rettslige bånd til de biologiske foreldrene brytes for alltid, og barnet settes i en rettsstilling som om det var adoptivforeldrenes egenfødte barn, jf. adl. § 13(1). Ved adopsjon avsluttes barnevernets involvering i barnet og barnevernet har ikke mer ansvar for dette barnet enn de har for andre barn, jf. bvl. § 1-1.

Tvangsadopsjon er et barnevernstiltak som er lite brukt sett i forhold til antall barneverntiltak totalt. Fylkesnemndene samtykker til mellom 15 til 20 adopsjoner hvert år. Dette til tross for at antall barn under offentlig omsorg har økt fra rund 4000 på slutten av 1980-årene til omtrent 6000 i 2007. Likevel ligger Norge på topp i Norden når det gjelder

¹ Dette vesentlige skillet mellom tvangsadopsjon som barneverntiltak og de andre tiltakene ble bl.a. beskrevet i Rt. 1990 s. 1274, s. 1277.

tvangsadopsjon. I Sverige er det ikke hjemmel for tvangsadopsjon, mens i Danmark, Island og Finland er det et svært lite brukt tiltak.²

1.2 Problemstilling

Et av vilkårene for adopsjon som barnevernstiltak, er at adopsjonen skal være til ”barnets beste”, jf. bvl. § 4-20(3)b). Dette prinsippet kommer også til uttrykk i FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 (barnekonvensjonen) artikkel 3. Den europeiske menneskerettsdomstolens (EMD) anvendelse av Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK) har også lagt vekt på barnets interesser.

Et annet hensyn, som kommer inn i barnevernsaker er det biologiske prinsipp som går ut på at barnet skal vokse opp hos biologiske foreldre, eller i det minste ha samvær med dem. Den norske barnevernloven bygger på dette. I tillegg kommer prinsippet til uttrykk i barnekonvensjonen, blant annet i artikkel 9(1) og 16(1), og er også omfattet av familielivsbeskyttelsen i EMK art 8.

Den norske barnevernloven bygger hovedsakelig på at hensynet til barnets beste og hensynet til det biologiske prinsipp, er sammenfallende. I noen tilfeller kan likevel prinsippene peke mot ulike løsninger for barnet. Dette kan særlig være tilfelle i saker om tvangsadopsjon. Her vil spørsmålet være om barnet skal adopteres, eller om det skal fortsette å bo i langtidsfosterhjem. I en slik sak vil det biologiske prinsipp tilsi at barnet forblir fosterbarn, slik at det kan ha rettslige tilknytningen til foreldrene og opprettholde kontakt med dem, mens barnets beste kan tilsi at det bør adopteres av fosterforeldrene. I denne oppgaven skal jeg gå inn på innholdet i prinsippene og hvordan de vektlegges i forhold til hverandre. Jeg vil også se på om prinsippene er vektlagt forskjellig i nasjonal rett, i barnekonvensjonen og etter EMK artikkel 8.

² Bendiksen (2007)

1.3 Avgrensninger

I denne oppgaven kommer jeg ikke til å drøfte vilkårene for omsorgsovertakelse, da dette ligger tidsmessig før tvangsadopsjon, og omfattes heller ikke av problemstillingens ordlyd.

Hva som er til barnets beste i den enkelte sak, vil ofte være en vurdering for de sakkyndige som har erfaringskunnskap om barn. I de fleste sakene om tvangsadopsjon som har vært oppe for Høyesterett, har de sakkyndige anbefalt at barnet adopteres. Høyesterett legger stor vekt på de sakkyndiges uttalelser, men domstolenes konklusjoner er likevel ikke alltid sammenfallende med de sakkyndiges konklusjoner. Der retten er kommet til et annet resultat enn de sakkyndige, har det biologiske prinsipp slått igjennom. Jeg vil ikke gå nærmere inn på forholdet mellom rettens og de sakkyndiges barnevernfaglige vurderinger, på grunn av oppgavens rammer.

Jeg vil heller ikke komme inn på saksbehandlingsfeil hos barnevernet. Saksbehandlingsfeil kan få enorme konsekvenser for foreldre og barn. I en sak om tvangsadopsjon, er det forholdet på domstidspunktet, som er relevant, og feil før dette er irrelevant i saken.³ Dette kan føre til at vilkårene for tvangsadopsjon kan foreligge på domstidspunktet selv om det er gjort saksbehandlingsfeil på et tidligere stadium. Dette kan ha innvirkning på hva som er til barnets beste i den aktuelle saken, likevel er det ikke en del av avveiningen mellom barnets beste og det biologiske prinsipp, og jeg vil ikke komme nærmere inn på dette.

1.4 Rettskildene

Av nasjonal lovgivning er det først og fremst barnevernloven som er relevant på tvangsadopsjonsområdet. Norge er det første landet i verden som fikk et offentlig barnevern.⁴ Den første barnevernloven kom allerede i 1896 og ble kalt vergerådsloven. Denne ble avløst av lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern som var gjeldende frem til den någjeldende barnevernlov fra 1992 som trådte i kraft 1.januar 1993.

³ Se bl.a. Rt. 1991 s. 1355, s. 1362

⁴ Barnevern og omsorgsovertakelse (2003) s. 11

Andre sentrale lover er adopsjonsloven, der selve adopsjonsvedtaket er hjemlet og virkningen av adopsjonen er nedfelt, og lov om barn og foreldre (barnelova, bl.) 8.4.1981 nr.7. I forståelsen av nasjonal rett vil jeg bruke en del forarbeider, der det blir avklart hva lovgiver ønsket å oppnå ved loven. Blant annet vil jeg bruke NOU 2000:12 (Befringutvalget), som er en stor tilstandsrapport om barnevernet i Norge.

Rettspraksis har stor betydning på tvangsadopsjonsområdet på grunn av det skjønnsmessige vilkåret om ”barnets beste” i bvl. § 4-20(3) bokstav b). Høyesterett har avsagt sytten dommer om fratakelse av foreldreansvaret der formålet var å åpne for adopsjon. Av disse fikk barnevernet medhold i fjorten saker og foreldrene i tre. Bvl. § 4-20 skal være en kodifisering av rettspraksis rundt 1953-loven § 20. I Rt. 1994 s. 805, s. 810 uttalte Høyesterett at det biologiske prinsipp ikke skal vektlegges annerledes ved 1992-loven enn ved 1953-loven. Rettspraksis vedrørende 1953-loven er derfor fortsatt relevant i dag.

Barns rettstilling har også grunnlag i internasjonal rett. Det er særlig EMK artikkel 8 som er aktuell i barnevernsaker. I tillegg er barnekonvensjonen er sentral i tvangsadopsjonssaker.

2 Menneskerettighetenes forhold til nasjonal rett og konvensjonenes forhold til hverandre

2.1 Menneskerettighetenes rettskildemessige stilling i norsk rett

Barns rettsstilling i Norge avgjøres ikke kun av nasjonal rett, men også av internasjonale konvensjoner. Særlig er EMK og barnekonvensjonen relevante rettskilder.

Formålet med EMK er å beskytte individet mot uvilkårlig inngrep fra myndighetenes side. Barnekonvensjonen er den første globale konvensjonen som utelukkende har til formål å sikre barns rettigheter.

I utgangspunktet er statene suverene, men når Norge har ratifisert en konvensjon og den er trådt i kraft, er Norge folkerettslig forpliktet til å følge konvensjonsbestemmelsene. Norge følger det dualistiske prinsipp som vil si at nasjonal rett og folkeretten er to forskjellige rettssystemer, og at norsk rett har forrang ved en klar motstrid mellom reglene. Dette prinsippet modifiseres noe av presumsjonsprinsippet som går ut på at de ikke-innarbeidede, men folkerettslige bindende konvensjoner og nasjonal rett, forutsettes å være i samsvar med hverandre.⁵ Domstolene vil derfor i lys av presumsjonsprinsippet tolke nasjonal rett slik at de ikke kommer i strid med de folkerettslige forpliktelsene. Men dersom det skulle oppstå direkte motstrid, vil den norske rettsregelen ha forrang. På menneskerettighetsområdet har vi imidlertid lov 17. mai 1918 Kongeriket Norges Grundlov (Grunnloven) § 110c, som pålegger myndighetene å respektere og sikre menneskerettighetene. Dette gir menneskerettighetene en sterk stilling i Norge.

Det dualistiske prinsipp tilsier at det kreves en særskilt gjennomføringsakt for at en folkerettsregel skal kunne anvendes direkte i norsk rett. En slik gjennomføringsakt kan for eksempel være et lovvedtak, som fastsetter at vedkommende folkerettsinstrument skal

⁵ Bl.a. formulert i Rt. 1984 s. 1175, s. 1180.

gjelde som norsk rett. Dette kalles for innarbeiding eller inkorporasjonsmetoden. En slik inkorporering av konvensjoner ble gjort ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl) 21.5.1999.⁶ Etter dennes § 2 skal EMK og barnekonvensjonen ”gjelde som norsk lov”, i tillegg til FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter og FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter. Det vil si at menneskerettighetene i disse konvensjonene kan anvendes direkte av den enkelte borger. De inkorporerte konvensjonene står derfor i en rettskildemessig særstilling i forhold til annen folkerett som ikke er inkorporert.

En inkorporasjon, i seg selv, løser ikke eventuell motstrid mellom nasjonal rett og bestemmelsene i konvensjonen. Men når det gjelder de inkorporerte konvensjonene i menneskerettsloven, er eventuelle kollisjoner løst. Etter lovens § 3 skal bestemmelsene i de inkorporerte konvensjoner og protokoller ved motstrid gå foran andre bestemmelser i norsk lov.

Menneskerettighetsloven er en formell lov og kan oppheves av Stortinget. Loven har altså ikke grunnlovsrang. Men den gir menneskerettighetene forrang i forhold til vanlig formell lov, også formell lov som har kommet etter menneskerettsloven. Smith mener at de inkorporerte menneskerettighetenes trinnhøyde ligger et sted mellom lov og grunnlov.⁷

For at man skal kunne gjøre bruk av forrangsbestemmelsen, må man slå fast at det foreligger en motstrid mellom norsk rett og konvensjonen som påberopes. Det er tilfelle når konvensjonen gir individet bedre beskyttelse enn det nasjonal rett gjør, jf.

barnekonvensjonen artikkel 41 og EMK artikkel 53. Når det gjelder tvangsadopsjon kan dette være et vanskelig spørsmål, fordi barnets og foreldrenes interesser kan være motstridende, og det kan være at den ene av partenes interesser beskyttes bedre av menneskerettighetene, og den andre av nasjonal rett.

⁶ Barnekonvensjonen ble ratifisert av Norge i 1991 og inkorporert i menneskerettsloven i 2003.

⁷ Smith (1999) s. 272

Spørsmålene om hva som skal til for at EMK skal gå foran en nasjonal bestemmelse, har flere ganger vært oppe i Høyesterett. Tidligere mente man at den folkerettslige regelen måtte være ”klar og entydig” for å få forrang.⁸ Dette synspunktet er senere blitt forlatt.⁹

Fordi menneskerettighetene skal sikre individene mot handlinger og unnlatelser fra staten, er det viktig med uavhengige organ som kontrollerer statenes etterlevelse av konvensjonene. Barnekonvensjonen overvåkes av FNs komité for barns rettigheter. Statene skal sende inn rapporter om hvilke tiltak som er iverksatt for å gjennomføre bestemmelsene i konvensjonen. Komitéen har kompetanse til å komme med anbefalinger til statene, jf. barnekonvensjonen artikkel 45d). Komitéen har ikke etablert domstol eller klageorgan og har ikke kompetanse til å motta individklager fra medlemslandenes borgere.

EMK håndheves av Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD). EMK står i en særstilling i forhold til barnekonvensjonen fordi den har individuell klagerett, jf. EMK artikkel 34. EMDs avgjørelser har stor betydning for tolkningen av EMK.

Ved at EMK går foran nasjonal rett, overføres det makt fra det lovvalgte Stortinget til domstolene i Norge og i Strasbourg. Dette kan være et problem i forhold til demokratiet i Norge.¹⁰ Smith påpeker at menneskerettighetene skal sikre individene mot handlinger fra statens side, noe som fordrer uavhengige domstoler. Smith mener derfor at ”vil man menneskerettigheter” må man godta en slik overføring av myndighet¹¹

Både EMDs avgjørelser og barnekomitéens uttalelser har stor rettskildemessig verdi i tolkningen av nasjonale bestemmelser.

I plenumsavgjørelsen, inntatt i Rt. 2002 s. 557, er det gitt en del generelle synspunkter på EMKs stilling etter inkorporeringen. Retten slutter seg her til de generelle synspunktene gitt i plenumsavgjørelsen, inntatt i Rt. 2000 s. 996. Der det er tvil om hvordan EMK skal forstås, mener Høyesterett, på side 565, at norske domstoler må foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Ved tolkning av EMK skal norske domstoler benytte samme metode som EMD, med unntak av der det er snakk om å utvikle konvensjonen. Dette vil si

⁸ Rt. 1994 s. 610

⁹ Rt. 2000 s. 996

¹⁰ Demokratiproblematikken er bl.a. påpekt av Makt- og demokratiutredningen i St.meld.nr 17 (2004-2005)

¹¹ Smith (2005) s. 433

at norske domstoler ikke bare må legge sin egen fortolkning av EMK til grunn, men også EMDs fortolkning av EMK. På barnevernsrettens område innebærer dette at norske domstoler må legge til grunn EMDs fortolkning av EMK artikkel 8.

Barnekomitéen har, som nevnt ovenfor, ikke kompetanse til å motta individuell klager. Fordi det derfor ikke er noen konkrete avgjørelser å forholde seg til, kan dette innebære at de norske domstolene står friere i forhold til barnekonvensjonen enn i forhold til EMK. Jeg antar at dette vil si at ordlyden i denne konvensjonen har større betydning enn ordlyden i EMK, der man også må forholde seg til avgjørelser fra EMD.

At konvensjonene er en del av norsk rett, betyr at norsk barnevern, fylkesnemnder og domstoler er forpliktet til å praktisere barnevernloven i samsvar med EMK, EMDs tolkning av EMK og barnekonvensjonen. Dette vil altså si at for å kunne gi samtykke om adopsjon, må først vilkårene i § 4-20 være tilstede. I tillegg til at avgjørelsen ikke må være i strid med EMK og barnekonvensjonen.

2.2 Forholdet mellom EMK og barnekonvensjonen

Inkorporeringen av barnekonvensjonen i 2003 betyr at den nå stiller på lik linje med EMK ved tolkningen av nasjonal rett. Både barnekonvensjonen og EMK går foran norsk lov ved motstrid jf. mrl. § 3, men loven løser derimot ikke motstridsspørsmål mellom konvensjonene. Både EMK artikkel 53 og barnekonvensjonen artikkel 41 er koordineringsregler. De går ut på at menneskerettighetene i konvensjonene ikke skal begrense sterkere vern for individet som for eksempel kommer til uttrykk gjennom andre konvensjoner eller i nasjonal rett. Det er imidlertid et problem at det kan virke som om EMK gir bedre beskyttelse for foreldrene mens barnekonvensjonen gir best beskyttelse for barna. Dette skaper tolkningsproblemer i forhold til koordineringsreglene. Det er heller ingen rangordning mellom konvensjonenes organer. FN-barnekomité er ingen overprøvingsinstans for EMD.¹² Hvilken konvensjon man skal legge avgjørende vekt på ved en eventuell motstrid, er dermed uklart. Begge konvensjonene ivaretar viktige

¹² Møse (2002) s. 87

menneskerettigheter. Å si at den ene konvensjonen er viktigere enn den andre, blir i så fall å hevde et standpunkt om hvilke verdier man anser som viktigst å beskytte.

Det er en del prinsipielle forskjeller mellom EMK og barnekonvensjonen som kan ha betydning for vektleggingen av konvensjonene.

For det første er det et grunnleggende skille mellom konvensjonene at EMDs avgjørelser er bindende for medlemslandene, jf. EMK artikkel 46, mens barnekonvensjonen kun har mandat til å komme med synspunkter, jf. barnekonvensjonen artikkel 46. Dette vil nok i praksis bety at medlemslandene tillegger EMK mest vekt. Et annet moment er at EMKs innhold klargjøres gjennom EMDs avgjørelser. Bestemmelsene i EMK kan derfor være enklere for de nasjonale rettsanvenderne å bruke enn barnekonvensjonen.

På den annen side er barnekonvensjonen en global konvensjon der alle land kan tiltre. Av FNs medlemsland er det bare USA og Somalia som ikke har ratifisert konvensjonen.¹³ EMK er derimot en regional konvensjon der kun stater som er medlem av Europarådet kan tiltre. At barnekonvensjonen har større utbredelse enn EMK kan tilsi at denne skal ha større vekt.

Et annet moment som kan tale for at man bør legge størst vekt på barnekonvensjonen, er at barnekonvensjonen er yngst. Den er dermed en mer moderne konvensjon, noe som kan bety at den gjenspeiler dagens samfunn bedre enn EMK.

Den tydeligste forskjellen er imidlertid konvensjonenes rettssubjekter. Barnekonvensjonen gir barn egne rettigheter, og den anser barnet som et eget rettssubjekt. EMK gir derimot alle mennesker rettigheter, følgelig er også barn vernet av EMK, men EMK ivaretar ikke barns særlige behov for vern, for eksempel i situasjoner der foreldrene ikke klarer å ta vare på dem. I disse sakene har barn behov for beskyttelse fra foreldre, ikke fra staten. Dette var bakgrunnen for FNs barnekonvensjon.¹⁴

¹³ En av grunnene til at så mange stater har ratifisert konvensjonen, er at det er mulig å ta reservasjoner for konvensjonsbestemmelser.

¹⁴ Smith (1999)

EMD har, i stor grad ved tolkningen av EMK, lagt til grunn en dynamisk tolkningsstil. EMD har selv kalt EMK ”a living instrument”.¹⁵ Med dette mener EMD at man må tolke konvensjonen i lys av dagens situasjon. Lorenzen kaller barnekonvensjonen en spesialkonvensjon og mener at denne typen konvensjoner kan få betydning for tolkningen av sentrale begreper i EMK. Som eksempel nevner han rettslige standarder som tillater et visst spillerom, som for eksempel ”necessary in a democratic society” i artikkel 8(2).¹⁶ Dette kan innebære at barnekonvensjonen kan få betydning ved tolkning av EMK, ved at den påvirker EMD i en barnevennlig retning. I *Johansen v. Norway (Adelesaken)*¹⁷ påberopte den norske stat seg, i premiss 76, blant annet barnekonvensjonen artikkel 3 for å understreke at man skal legge altoverveiende vekt på barnets beste. Dette ble ikke fulgt opp av EMD. EMD har derimot brukt barnekonvensjonen i senere saker, blant annet i de to sakene *V og T mot England*.¹⁸ I begge sakene ble barnekonvensjonen artikkel 37 brukt i tolkningen av EMK artikkel 5.

Kilkelly mener at bruken av barnekonvensjonen i EMD skjer i stadig større grad i deres tolkning av EMK, særlig gjelder dette for barn på straffeområdet.¹⁹ Smith er derimot skeptisk til Kilkellys tolkning av EMDs praksis. Hun mener Kilkelly bygger på et spinkelt materiale, og at det er vanskelig å vite hva som er direkte innflytelse og hva som bygger på mer generelle synspunkter i tiden.²⁰ Hovedbudskapet i Kilkellys artikkel er likevel ønske om å bruke den detaljerte barnekonvensjonen ved forståelsen av EM, slik at dette fører til at man utnytter potensialet i begge konvensjonene for å fremme barns rettigheter. Det faktum at EMK ikke har spesielle regler for barn, men samtidig også gjelder for dem, gjør det lettere for EMD å bruke barnekonvensjonen, mener Kilkelly.

¹⁵ *Tyrer v The United Kingdom*, 25.04.78, premiss 31

¹⁶ Lorenzen (2003) s. 29 og s. 45

¹⁷ *Johansen v. Norway* 07.08.96

¹⁸ *V v The United Kingdom og T v The United Kingdom*, 16.12.1999

¹⁹ Kilkelly (2000) s. 88

²⁰ Smith (2003)

3 Barnevernlovens forhold til barnelova og tiltak etter barnevernloven

Både barnevernloven og barnelova setter barnet i sentrum, men lovene skiller seg vesentlig fra hverandre. Barnevernloven er en offentligrettslig lov som regulerer det offentlige adgang til å sette i verk tiltak i en familie av hensyn til barnet. Barnelova er derimot en privatrettslig lov som regulerer forholdet mellom barn og foreldre. Denne loven regulerer en del rettslige forhold som har betydning i barnevernloven, som for eksempel hvem som skal ha foreldreansvaret for barnet. Noe som er avgjørende for hvem som er part i en barnevernsak.

Barnevernlovens første bestemmelse er en formålsparagraf, bvl. § 1-1. Etter denne bestemmelsens første ledd er formålet med loven å sikre barn og unge mot skadelige oppvekstvilkår. Dette er barnevernets primæransvar. Hvilke tiltak som kan settes inn er regulert i barnevernloven kap. 4. Flere av barnevernlovens bestemmelser pålegger barnevernet en plikt til å sette i gang tiltak. Loven oppstiller derimot ingen rett for barn til å få hjelp fra barnevernet. Barne- og familiedepartementet har ikke ønsket å lovfeste en slik rett.²¹ Dette kan være i strid med barnekonvensjonen artikkel 20(1), som gir barn rett til vern og omsorg fra staten når de ikke lenger kan være hos sin familie.

Andre ledd i formålsparagrafen i barnevernloven slår fast at barnevernet også skal ”bidra til at barn og unge får trygge oppvekstvilkår”. Dette understreker at det blant annet er barnevernets oppgave å drive forebyggende arbeid for barn og unge. Dette ansvaret er presisert i bvl. § 3-1.

Barnevernloven gjelder for alle barn under 18 år som oppholder seg i riket, jf. bvl. §§ 1-2 og 1-3. Barnevernets ansvar for barn er subsidiært i forhold til foreldrenes ansvar. Det vil si at det offentlige kun skal gripe inn i situasjoner der foreldrenes omsorgsevner svikter.

²¹ Ot.pr.nr 44 (1991-1992) s. 6 og St.meld. nr 40 (2001-2002) s. 145

Foreldreansvarsbegrepet består av to hoveddeler, jf. bl § 30. Den ene delen er en omsorgsplikt, og den andre er en rett til å bestemme over barnet i personlige forhold.²²

Der foreldrene ikke makter å oppfylle omsorgsplikten, kan barnevernet gripe inn med ulike tiltak, jf. bvl. kap. 4. Bvl § 4-4 hjemler en rekke hjelpetiltak barnevernet kan sette i gang mens barnet bor hos foreldrene sine. Dette kan gjøres både med samtykke fra foreldrene og uten. Eksempler på hjelpetiltak er blant annet støttekontakt, besøkshjem osv. Hvis det ikke er tilstrekkelig med hjelpetiltak i hjemmet, kan det treffes vedtak om omsorgsovertakelse av barnet, jf. bvl. § 4-12. Ved omsorgsovertakelse av barn blir ansvaret for den daglige omsorgen overført til barnevernet, mens det formelle foreldreansvaret forblir hos foreldrene. Hva foreldreansvaret består av etter en eventuell omsorgsovertakelse er vedtatt, er noe uklart. Barnevernloven gir ikke svar på dette. I innstillingen står det at det resterende foreldreansvaret består av å kunne avgjøre vesentlige spørsmål som ikke angår den daglige omsorgen. Eksempler på dette kan være valg av skole, utdanning og religion.²³ Et annet eksempel er retten til å bestemme barnets navn. Foreldreansvaret inkluderer også at man kan nekte samtykke til adopsjon av barnet, jf. adl. § 7(1).

Ved omsorgsovertakelse er utgangspunktet at det skal være samvær mellom foreldre og barn, jf. bvl. § 4-19. En omsorgsovertakelse skal i utgangspunktet opphøre når foreldrene har oppnådd tilfredsstillende omsorgsevne, jf. bvl. § 4-21.

Det mest inngripende tiltaket i barnevernsloven er tvangsadopsjon, etter bvl. § 4-20, som fratar foreldrene den siste delen av det formelle foreldreansvaret og retten til samvær etter bvl. § 4-19(2).

²² Smith (2006) s. 108

²³ Inst.O.nr 80 (1991-1992) s. 26

4 Prinsippene i barnevernretten

4.1 Legalitetsprinsippet

Legalitetsprinsippet er et vilkår for å kunne kalle et land en rettsstat. Legalitetsprinsippet går ut på at inngrep i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov. Dette prinsippet setter altså begrensninger for forvaltningens myndighet, blant annet i barnevernsaker. Dette gir forutberegnelighet og mulighet for kontroll av myndighetene. Barnevernloven gir adgang til å iverksette meget inngripende tiltak, som ved tvangsadopsjon, men den setter også grenser for myndighetsutøvelse med strenge vilkår for gjennomføring av tiltaket. På grunn av rettssikkerheten for foreldrene bør vilkårene for tvangsadopsjon være så spesifikke som mulig. Det er likevel ikke til å unngå at reglene blir noe skjønnsmessige, fordi det skal være mulig å ha en konkret vurdering av barnets situasjon.

Dette vil si at for å kunne bruke hensynene til det biologiske prinsipp og barnets beste, må det først og fremst foreligge en situasjon som omfattes av lovteksten. Et rent vilkår om barnets beste ville overlatt for mye til barnevernets skjønn, og avgjørelsen kunne bli tilfeldig og uforutsigbar.

Til tross for legalitetsprinsippet finnes det eksempler på at Høyesterett har tolket barnevernloven utvidende. I 1953-loven forelå det ingen klar lovhjemmel for tvangsadopsjon, kun lovens § 20 som var hjemmel for å frata foreldrene foreldreansvaret. Det utviklet seg likevel en forvaltningspraksis for at det var adgang til tvangsadopsjon. Dette ble blant annet kritisert av jurist Bennech.²⁴ Hun mente det var høyst tvilsomt at et så vidtgående inngrep som tvangsadopsjon ble iverksatt uten uttrykkelig lovhjemmel. Smith mente derimot at der det er tvil om tolkningen av barnevernsbestemmelser, skal det tolkningsalternativet legges til grunn som best ivaretar barnets interesser.²⁵ Det var også dette synspunktet som ble lagt til grunn i den første høyesterettsdommen om

²⁴ Bennech (1975)

²⁵ Smith (1980) s. 292

tvangsadopsjon, Rt. 1982 s. 1687, der Høyesterett slo fast at det var anledning til å gi samtykke til adopsjon av fosterbarn mot de biologiske foreldrenes vilje.

I den någjeldene barnevernloven har tvangsadopsjon en klar lovhjemmel. Et hovedmotiv bak 1992-loven var økt rettsikkerhet,²⁶ blant annet ved at reglene skulle være mer presist utformet.

For å godkjenne inngrep fra offentlig myndighet i forhold til EMK artikkel 8 er et av vilkårene at inngrepet må være ”in accordance with the law”. I dette ligger det at inngrepet må samsvare med nasjonal rett. I tillegg stilles det krav til lovens innhold. I saker for EMD har det ikke vært tvil om at vilkåret er oppfylt.²⁷ I Adelesaken, premiss 58, uttalte EMD at kommisjonen fant 1953-loven vid i sin ordlyd, men at det var umulig å formulere rettsregler med absolutt presisjon på dette området. Någjeldende lov er mer presis i form av mer detaljerte bestemmelser. Det vil altså ikke være tvil om at denne tilfredsstiller kravene etter EMK.

4.2 Minste inngreps prinsipp

Barnevernets avgjørelser kan ha store konsekvenser for menneskene som berøres, og dermed har barnevernet stor makt. Derfor skal det minst inngripende tiltaket velges, jf. minste inngreps prinsipp. Prinsippet tilsier at dersom et mindre inngripende tiltak er tilstrekkelig for å få en forsvarlig situasjon for barnet, skal dette velges fremfor det som er mer inngripende. Et inngrep skal heller ikke ha lenger varighet enn nødvendig.²⁸ Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i bvl. §§4-3(2) og 4-12(2).

Flere har hevdet at det eksisterer et generelt krav til forholdsmessighet for forvaltningen. Dette kan uttrykkes slik at forvaltningen ikke kan benytte sitt frie skjønn til å treffe inngripende vedtak hvis formålet kan oppnås gjennom et mindre inngripende vedtak. En annen formulering er at forvaltningen kun skal bruke sin skjønnsmessige kompetanse der

²⁶ NOU 2000:12, s. 179

²⁷ Sandberg (2003) s. 152

²⁸ NOU 2000:12, s. 181

det er nødvendig.²⁹ Formuleringene dekker minste inngreps prinsipp, og man kan si at dette er en presisering av forholdsmessighetsprinsippet på barnevernrettens område.³⁰

Det minste inngreps prinsipp har nær sammenheng med at et inngrep må være ”necessary in a democratic society” etter EMK artikkel 8.³¹ Dette kravet er ikke et enten/eller krav, men kan oppfylles ved valg av et mildere tiltak. Ved vanlig tolkning av bvl. § 4-20 er det ikke krav om at tiltaket skal være nødvendig for å fullbyrdes, men det kreves sterke grunner for å gjennomføre tvangsadopsjon, slik at dette ligger nært opptil et nødvendighetskrav. I Rt. 2001 s. 14 er nødvendighetskravet i EMK drøftet.³²

En konsekvens av minste inngreps prinsipp er at barn i stor grad mottar hjelp i hjemmet. Befringutvalget påpeker at prinsippet kan komme i strid med det de kaller ”prinsippet om rett hjelp til rett tid”.³³ Minste inngreps prinsipp er ikke et prinsipp som setter barnet i fokus. Det er langt på vei et prinsipp som kan sies å beskytte foreldrene mot uforholdsmessige inngrep fra det offentlige.

Vurderingstemaet ved minste inngreps prinsipp i forhold til tvangsadopsjon blir om man oppnår noe mer for barnet ved en adopsjon, og i så fall hvor mye mer man oppnår med dette i forhold til om barnet forblir fosterbarn.

4.3 Prinsippet om barnets beste

Prinsippet om barnets beste går ut på at den løsningen som skal velges er den som best tjener barnets interesser³⁴ i den aktuelle sammenheng.³⁵ Dette er et av barnevernlovens viktigste prinsipper ved at det fremhever barnet som den sentrale i vurderingen.

Prinsippet om barnets beste er hjemlet blant annet i bvl. §§ 4-1(1), 4-20(3) og barnekonvensjonen artikkel 3.

²⁹ Eksistensen av et slikt forholdsmessighetsprinsipp er omdiskutert, bl.a. Echhoff (1997) s. 303

³⁰ Sandberg (2003) s. 44

³¹ Nærmere om EMK i avsnitt 7.1

³² Nærmere om dommen i kap. 7

³³ NOU 2000:12, s. 72

³⁴ Med barnets interesser mener jeg ikke nødvendigvis det barnet selv ønsker, siden barn ikke alltid vet sitt eget beste. Barnets ønske er likevel et moment i barnets beste-vurderingen, se avsnitt 6.1.6

³⁵ Sandberg (2003) s. 50

Bruken av betegnelsen ”barnets beste” kan ha flere rettslige funksjoner. En første funksjon kan være som et reelt hensyn ved rettsanvendelsen. Barnets beste kan for det andre være retningslinje for det skjønnsmessige vurderingen som skal foretas før og under iverksettelsen av barneverntiltak. Etter bvl. § 4-1(1) er barnets beste et hensyn det skal legges ”avgjørende vekt på” ved skjønnsetøvelsen i alle tiltak fra barnevernet, jf. bvl. § 4-1(1). Dette prinsippet gjelder i forhold til om det skal settes i verk tiltak, og i så fall hvilket tiltak som skal iverksettes. Å bruke hensynet til barnets beste forutsetter at det er rom for skjønnsetøvelse ved det tiltaket som vurderes iverksatt.³⁶

Barnets beste er for det tredje et lovbestemt vilkår for tvangsadopsjon, jf. bvl. §4-20(3)b). Dette er den eneste bestemmelsen i barnevernloven der ”barnets beste” er tatt inn i lovteksten som spesifikt inngrepsvilkår. Å ha barnets beste som vilkår synliggjør hensynet. Proposisjonen begrunner den doble bruken i barnevernloven med at adopsjon mot foreldrenes vilje er et svært drastisk tiltak, og at anvendelsen av prinsippet i bvl. § 4-20 skal gå ut på om det er til barnets beste å bli adoptert i forhold til å forbli fosterbarn.³⁷ Hvis barnets beste ikke hadde vært et av vilkårene for adopsjon etter bvl. § 4-20, ville hensynet til barnets beste uansett kommet inn i vurderingen av tiltaket, jf. bvl § 4-1. Sandberg mener at kriteriet for skjønnsetøvelsen i § 4-1 ikke er overflødig i tvangsadopsjonssaker, selv om barnets beste også er nevnt som vilkår. Dette begrunner hun med at selv om vilkårene i § 4-20(3) om barnets beste er oppfylt, er det likevel slik at samtykke til adopsjon ”kan” gis hvis vilkårene er oppfylt. Bvl. § 4-1 gjør det klart at barnets beste er avgjørende også i den siste helhetsvurderingen.³⁸

Barnekonvensjonens artikkel 3(1) nedfeller at barnets beste skal være ”a primary consideration”, blant annet ved all offentlig myndighetsutøvelse. Bestemmelsen hjemler ikke spesielle rettigheter eller plikter. Men det gir uttrykk for et generelt tolkningsprinsipp som blant annet vil gjelde i barnevernsaker. Etter en alminnelig lesning av artikkelen skal det skje en avveining mellom barnets interesser og andre interesser, og disse interessene kan vektlegges likt med barnets beste. I norsk rett skal det i barnevernsaker legges

³⁶ Sandberg (2003) s. 59

³⁷ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 54

³⁸ Sandberg (2003) s. 58

”avgjørende vekt på barnets beste”, jf. bvl. § 4-1(1). Etter alminnelig lesning går barnevernloven lenger i å vektlegge barnets beste enn barnekonvensjonen. Det antas likevel i barnekonvensjonsteorien at artikkelen må tolkes som om det står ”the primary consideration”, altså at barnets beste skal være det viktigste hensynet. Begrunnelsen for at det ikke ble denne formuleringen, var muligheten for at det i unntakstilfeller kan være andre hensyn som bør gå foran. Et eksempel på et slikt hensyn er medisinsk nødstilfelle under fødselen.³⁹ Hensynet til barnets beste står med andre ord sterkt etter barnekonvensjonen.

Etter EMK artikkel 8(1) har enhver rett til respekt for sitt familieliv. Denne bestemmelsen verner familien mot inngrep fra det offentlige, blant annet barnevernsinngrep. Retten til familieliv er likevel ikke absolutt. Det foreligger ikke brudd på artikkel 8 hvis barnevernets inngrep oppfyller vilkårene i artikkel 8(2). Noen henvisning til barnets beste er ikke formulert i bestemmelsen, likevel legger EMD vekt på dette hensynet i praktiseringen av vilkåret om at tiltaket må være ”necessary in a democratic society”, det såkalte nødvendighetsvilkåret.

Om man bare ser på ordlyden i norsk rett og konvensjonene, er det klart at norsk rett og barnekonvensjonen går lenger i å legge vekt på barnets beste enn EMK. EMD legger riktignok vekt på barnets beste ved anvendelsen av artikkel 8, men det er likevel grunn til å anta at både i nasjonal rett og i barnekonvensjonen står barnets beste sterkere enn etter EMK.

I tvangsadopsjon er det altså klart at hensynet til barnets beste skal tillegges stor vekt. Derfor kan det kalles et prinsipp om barnets beste.

Det er vanskelig å foreta noen utfyllende konkretisering av hva prinsippet om barnets beste innebærer.⁴⁰ Men det er ikke snakk om en fri vurdering, da det foreligger holdepunkter for hva som skal være med i vurderingen både i lovtekst, forarbeider og rettspraksis.

Vurderingen av barnets beste er likevel en konkret vurdering av ulike interesser knyttet opp

³⁹ Detrick (1999) s. 91

⁴⁰ Nærmere redegjørelse for innholdet i prinsippet i avsnitt 6.1

mot det barnet som barneverntiltaket er rettet mot. I en tvangsadopsjonssak innebærer dette å ta stilling til om det er bedre for dette barnet å bli adoptert enn å forbli fosterbarn.

Prinsippet om barnets beste er et skjønnsmessig vilkår. Det vil være behov for en vurdering av personer med faglig innsikt. I en rettssak blir dette ivaretatt av sakkyndige.

Befringutvalget har hevdet at forskning har konkludert med at barn som adopteres klarer seg bedre enn de barna som forblir fosterbarn.⁴¹

Et problem med et begrep som barnets beste er at det kan romme så mye at selve begrepet nærmest blir meningsløst, noe som kan gjøre det vanskelig å imøtegå et argument om barnets beste. Begrepet er imidlertid ikke til å komme forbi, på grunn av dets sentrale plass både i barnekonvensjonen, norsk lovgivning og norsk og internasjonal rettspraksis.

Begrepets kjerne i en barnevernsammenheng er at hensynet til det aktuelle barnets beste settes i sentrum for de barneverstiltakene som overveies iverksatt.

4.4 Det biologiske prinsipp og dets forhold til prinsippet om barnets beste

Det biologiske prinsipp går ut på at det er av stor egenverdi for barn å vokse opp hos sine biologiske foreldre, selv om det er visse mangler ved hjemmet, og at foreldrene er viktige selv om de ikke klarer å ha omsorgen for barna sine.⁴² Hvis barnet ikke kan bo sammen med foreldrene, vil prinsippet tilsi at barnet har samvær med dem. Prinsippet innebærer også at barn som flyttes ut av hjemmet i utgangspunktet skal tilbake til de biologiske foreldrene.

Prinsippet er ikke uttrykkelig nevnt i barnevernloven, men har satt sitt preg på flere av bestemmelsene. I tillegg fremkommer prinsippet av forarbeidene til barnevernloven, rettspraksis, EMD og barnekonvensjonen.

⁴¹ NOU 2000:12 s. 152

⁴² Lindboe (2006) s. 46

På samme måte, som begrepet barnets beste, kan det biologiske prinsipp ha flere rettslige funksjoner. Det kan være begrunnelse for lovens bestemmelser, det kan være aktuelt ved lovtolkning og det kommer inn som et vesentlig element ved skjønnsutøvelsen.⁴³

I barnevernloven har prinsippet satt sitt preg på blant annet bvl. § 4-19(1). Hvis det er nødvendig med omsorgsovertakelse, skal barnet i utgangspunktet ha samvær med sine biologiske foreldre. Samværsretten er både en rett for barnet og for foreldrene. At samvær også er en rett for foreldrene innebærer at det kan fastsettes samvær i de situasjonene der det er vanskelig å se at samvær er til barnets beste, men der det heller ikke er skadelig for barnet. Samværsretten modifiseres derimot av andre ledd, som fastsetter at fylkesnemnda kan begrense eller avskjære retten til samvær. Det må sterke grunner til for slik avskjæring. En langsiktig omsorgsovertakelse er ikke i seg selv tilstrekkelig for samværsnekt.⁴⁴ Dette vil si at foreldre og barn i et langtidsfosterhjem i utgangspunktet har rett til samvær. En adopsjon vil derimot bryte med denne retten. Etter barnekonvensjonen artikkel 7 har barnet rett til, så langt det er mulig, å kjenne sine biologiske foreldre. Dette vil, slik jeg tolker artikkelen, samholdt med barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste, samsvare med nasjonal rett om at det i utgangspunktet skal være samvær mellom barnet og de biologiske foreldrene, med unntak der samvær for eksempel kan være skadelig for barnet.

Bvl. § 4-21(1) stadfester utgangspunktet om at omsorgsovertakelsen skal oppheves når foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg. Prinsippet kommer også til uttrykk i bvl. § 4-20 ved de strenge vilkårene for tvangsadopsjon.

Det fremgår av forarbeidene at barnevernloven bygger på det biologiske prinsipp. Blant annet sies det i NOUen at det ”er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldre selv sørger for sine barn (...) utgangspunktet [er] at problemene primært bør søkes utbedret ved hjelpetiltak.”⁴⁵ Uttrykket det biologiske prinsipp brukes ikke, men vanlig forståelse tilsier at det er dette som menes.

⁴³ Sandberg (2003) s. 69

⁴⁴ Rt. 1998 s. 787, s. 791

⁴⁵ NOU 1985:18 s. 157

Prinsipp fremkommer også i Høyesterett. Første gang prinsippet kom til uttrykk var i Rt. 1982 s. 764. Dommen gjaldt tilbakeføring av omsorgen for en seks år gammel gutt. Her sies det på side 770: ”Det rettslige utgangspunkt for loven om barnevern av 17. juli 1953 (...) er at barn skal vokse opp hos sine biologiske foreldre”. Selve uttrykket det biologiske prinsipp ble ikke benyttet uttrykkelig før i Rt. 1991 s. 668.⁴⁶ Her blir uttrykket brukt som en henvisning til den normalordningen som norsk barnevernlovgivning anser som selvsagt.

Prinsippet vektlegges også av EMD. Etter EMKs artikkel 8 er familien vernet mot inngrep fra staten. Det finnes unntak fra dette, og omsorgsovertakelse er mulig, jf. EMK artikkel 8(2). EMD har derimot i flere saker presisert at en omsorgsovertakelse skal være midlertidig, og EMD setter gjenforeningsmålet høyt. Dette er et utslag av at det biologiske prinsipp står sterkt etter EMK, antagelig mye sterkere enn i norsk rett.⁴⁷

Barnekonvensjonen har også som utgangspunkt at barnet bor sammen med og får omsorg fra sin biologiske familie. FN-komiteén for barns rettigheter har uttrykt bekymring for det økende antall barn plassert utenfor hjemmet i Norge.⁴⁸

Det er flere artikler i barnekonvensjonen som understreker utgangspunktet. Blant annet kommer det til uttrykk i artikkel 16 som beskytter barnet mot ”vilkårlig eller ulovlig innblanding i (...) sin familie”.

Utgangspunktet er også stadfestet i barnekonvensjonens artikkel 9(1) der det fremgår at barnet ikke skal skilles fra sine foreldre mot sin vilje, med mindre en atskillelse mellom foreldre og barn ”is necessary for the best interest of the child”. Det er i selve artikkelen nevnt eksempler på tilfeller der det kan være nødvendig med atskillelse. Et slikt eksempel er der foreldrene har mishandlet eller vanskjøttet barnet. Dette kan forstås slik at det kreves en kvalifisert omsorgssvikt for at en omsorgsovertakelse skal kunne ansees som nødvendig etter konvensjonen. Etter norsk rett må det også være ”nødvendig” med omsorgsovertakelse for at barnevernet skal kunne overta omsorgen for et barn, jf. bvl. § 4-12(2). Implementation Handbook nevner tilfeller som er ”unnecessary separation” etter

⁴⁶ Tjomsland (2003)

⁴⁷ Dette drøftes nærmere i avsnitt 7.1.1

⁴⁸ Rapport fra FNs barnekomité 28.06.00, avsnitt 34

konvensjonen. Eksempel på dette kan være unnlatelse av å holde barn i kontakt med sine biologiske foreldre mens de er under offentlig omsorg. Dette på grunn av gjenforeningsmålet.⁴⁹

Etter både barnekonvensjonen artikkel 9 og EMK artikkel 8 må tiltak være ”necessary” for å være lovlige etter konvensjonene. Men er innholdet i nødvendighetskravet det samme? Etter alminnelig lesning av konvensjonstekstene er det klart at barnekonvensjonen åpent legger mer vekt på hensynet til barnet. I nødvendighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 skal man finne en rimelig balanse mellom foreldrenes interesser og barnets. Sandberg skriver at dette er en følge av at foreldrenes interesser i utgangspunktet er beskyttet etter EMK. Barnekonvensjonen artikkel 9 gir derimot ikke foreldrene noen rett. Sandberg mener derfor at det ikke er gitt at EMK artikkel 8 og barnekonvensjonen artikkel 9 skal tolkes helt likt. Hun mener at det er grunn til å anta at i tolkningen av ”necessary” etter barnekonvensjonen står barnets interesser sterkere.⁵⁰ Jeg er enig med Sandberg. Formålet med EMK er å beskytte familien mot uvilikårlige inngrep fra staten. Dette betyr at det biologiske prinsipp står sterkere her enn i barnekonvensjonen som har beskyttelse av barn som formål. Selv om det biologiske prinsipp står sterkt etter begge konvensjonene, vil jeg tro at prinsippet er begrunnet med barnets beste i barnekonvensjonen, mens det i større grad er begrunnet med foreldrenes interesser i EMK artikkel 8.

En innvending mot et sterkt biologisk prinsipp er at dette vil kunne gå på tvers av det som er til barnets beste. Det kan for eksempel føre til at barn bor i hjemmet for lenge, mens ulike tiltak i hjemmet prøves ut. Prinsippet kan føre til en for stor mulighetsfokusering hos foreldrene, som kan gå på bekostning av barnets behov for god omsorg.

Utgangspunktet om at barn skal vokse opp hos foreldrene er begrunnet med tre forskjellige hensyn.⁵¹ For det første er det begrunnet i vår samfunnsstruktur. Vårt samfunn er bygd opp slik at barn stort sett vokser opp hos sine biologiske foreldre, selv om det offentlige har tatt over en rekke omsorgsoppgaver ved utbyggingen av velferdsstaten etter krigen.⁵² Ved at

⁴⁹ Implementation Handbook (1998) s. 121

⁵⁰ Sandberg (2003) s. 173

⁵¹ Stang (2007) s. 34

⁵² Stang (2007) s. 36

barn vokser opp hos sine foreldre, viderefører foreldrene sine verdier til barna og dette blir en garanti mot et ensrettet samfunn.⁵³

Det andre som begrunner dette er de ”rådende normer og verdisynspunkter”.⁵⁴ Stang mener at det i dette ligger et grunnleggende premiss om at foreldre har rett til sine barn. Denne retten går blant annet ut på at man har rett til å beholde barnet etter fødselen og la det vokse opp hos seg.⁵⁵

Den tredje begrunnelsen, som kanskje er hovedbegrunnelsen etter nasjonal rett, er hensynet til barna. I norsk rett antas prinsippet om barnets beste og det biologiske prinsipp å være sammenfallende. Barne- og familiedepartementet uttaler at det er ”et alminnelig akseptert synspunkt i vårt samfunn at det er et gode for barn med kontakt med sine biologiske foreldre.”⁵⁶ Befringutvalget uttaler at ”tilknytning til de biologiske foreldrene er i seg selv en ressurs for barnet”.⁵⁷ Mellom foreldre og barn består det nære følelsesmessige bånd. Problemet kommer når det er en interessekonflikt mellom barnets behov for god omsorg og foreldrenes interesser i å beholde barnet.

I adopsjonssaker er det ikke snakk om det biologiske prinsipp i form av at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre, fordi det i de fleste adopsjonssaker er klart at barnet aldri kommer til å flytte tilbake til de biologiske foreldrene, enten på grunn av deres omsorgsevne eller fordi det vil føre til alvorlige problemer for barnet å flytte fra fosterforeldrene, jf. bvl. § 4-21. Når det gjelder spørsmålet om barnet skal adopteres, kommer prinsippet inn i vurderingen i form av betydningen for barnet å bevare den juridiske tilknytningen til sine biologiske foreldre, og betydningen av å fortsatt ha kontakt med dem. I høyesterettspraksis om tvangsadopsjon har et sentralt vurderingstema vært betydningen for barn å ha kontakt med sine biologiske foreldre.

Blir barnet adoptert vil det miste muligheten til å bli kjent med sine biologiske foreldre. For mange mennesker vil det være viktig å kjenne sitt biologiske opphav. Høyesterett nevner i

⁵³ NOU 2000:12, s. 69

⁵⁴ NOU 1985:18, s. 157

⁵⁵ Stang (2007) s. 35

⁵⁶ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 53

⁵⁷ NOU 2000:18, s. 69

Rt.1990 s. 946, på s. 954 at fordeler med fortsatt kontakt kan være: ”at barnet ikke bygger opp myter om foreldrene og deres egenskaper.” I forarbeidene er samværsretten i § 4-19(1) begrunnet med nyere forskning, som viser at det er viktig for fosterbarn å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre både på grunn av sterke følelsesmessige bånd og fordi barnet på denne måten kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt.⁵⁸

Lindboe mener at man kan se på det biologiske prinsipp som en rettslig bindende norm for hva som er barnets beste, men at det letter forståelsen å betrakte de to hensynene som to atskilte elementer i en totalvurdering. Han mener at barnets beste knytter seg opp mot det enkelte barn, mens det biologiske prinsipp er et mer generelt hensyn. Han understreker at det er misvisende å anse hensynet til barnets beste og det biologiske prinsipp som motstridende hensyn. Ifølge Lindboe er det mer dekkende å si at begge ivaretar hensynet til barnets interesser.⁵⁹

Jeg ser det slik at prinsippet om barnets beste setter barnet i sentrum, mens det biologiske prinsipp, og for så vidt også det minste inngreps prinsipp, også beskytter foreldrene.

Det biologiske prinsipp taler i de aller fleste tilfeller for barnets beste, men i noen situasjoner mener jeg det ikke gjør det. I denne oppgaven ser jeg derfor på prinsippene som to selvstendige prinsipper som i stor grad, men ikke helt, er overlappende.

⁵⁸ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 51

⁵⁹ Lindboe (2003)

5 Tvangsadopsjon etter barnevernloven § 4-20 – en oversikt

5.1 Barnevernloven § 4-20 første og andre ledd

Å frata de biologiske foreldrene foreldreansvaret og å gi samtykke til adopsjon er regulert i samme bestemmelse. Formelt sett er dette to forskjellige vedtak. Likevel må først foreldreansvaret være fratatt foreldrene før fylkesnemnda kan gi samtykke til adopsjon i de situasjonene der foreldrene nekter adopsjonssamtykke, må først foreldreansvaret være fratatt foreldrene, jf. bvl. § 4-20(2). For å gi samtykke til adopsjon må vilkårene i tredje ledd være oppfylt.

Vilkårene for å frata foreldreansvaret etter bvl. § 4-20(1) er at det er fattet vedtak om omsorgsovertakelse, jf. bvl. §§ 4-12 eller § 4-8(2) og at en fratakelse av foreldreansvaret er til ”barnets beste”, jf. bvl. § 4-1. I praksis har formålet med å frata foreldreansvaret vært å åpne for adopsjon.⁶⁰

Det er vesentlig strengere vilkår for å gi adopsjonssamtykke enn for å frata foreldreansvaret, men når formålet med å frata foreldreansvaret er å gi samtykke til adopsjon, så blir det også i avgjørelsene for Høyesterett diskutert om vilkårene for adopsjon er oppfylt.⁶¹

5.2 Barnevernloven § 4-20 tredje ledd

I bvl. § 4-20(3) er det fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at fylkesnemnda skal kunne gi samtykke til adopsjon i foreldrenes sted. De er oppramset i bokstav a) til d). Innledningsordene om at adopsjonssamtykke ”kan” gis, viser at dette er en skjønnsbestemmelse som kommer inn når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. § 4-1 gir nærmere retningslinjer for skjønn.

⁶⁰ I Rt.1997 s. 534, s. 538 holdes muligheten åpen for fratakelse av foreldreansvar til annet formål.

⁶¹ Dette sies klart i Rt. 1990 s. 657, s. 658

5.2.1 Bokstav a)

Etter bokstav a) må det gis en vurdering om barnets fremtid der man må anta at omsorgsovertakelsen av barnet blir varig frem til myndighetsalder. For å komme frem til denne konklusjonen er det oppstilt to likeverdige alternativer.

Ifølge det første alternativet i bokstav a) ”må det regnes som sannsynlig at foreldrene varig ikke vil kunne gi barnet forsvarlig omsorg”. Proposisjonen nevner eksempler på slike tilfeller. Det kan for eksempel være at foreldrene er sinnslidende, tilbakestående eller sterkt belastet med rusmisbruk eller kriminalitet.⁶² I Rt. 2007 s. 561, premiss 41 og 42, kom retten frem til at moren manglet omsorgsevne for gutten, dette til tross for at morens situasjon var bedret. Hun hadde begynt med metadonbehandling og hadde etablert et enkeltpersonsforetak. Det ble likevel avgjørende at hun måtte bruke sin kapasitet på egenutvikling.⁶³ Det er omsorgsevnen for det aktuelle barnet som skal vurderes. Barn som omplasseres, krever ofte ekstra omsorgsevne av de nye omsorgspersonene.

Etter det andre alternativet bokstav a) vil barnet bli hos fosterforeldrene fordi det ”har fått slik tilknytning til mennesker og miljø der det er, at det etter en samlet vurdering kan føre til alvorlige problemer for barnet om det blir flyttet”. Her går vurderingstemaet på barnets behov for å forbli i fosterhjemmet.

Bokstav a) harmonerer med vilkårene i bvl. § 4-21 for å opprettholde omsorgen for et fosterbarn.

Det kan i mange saker være vanskelig å stille prognoser for fremtiden når det gjelder det første alternativet i bokstav a). Det andre alternativet er enklere å stadfeste. I mange av sakene for Høyesterett er partene enige om at barnet uansett adopsjon skal vokse opp hos fosterforeldrene. Dette var blant annet tilfelle i Rt. 1990 s. 657 som gjaldt en 14 år gammel gutt som ble tatt fra moren sin rett etter fødselen. Moren hadde i denne saken akseptert at

⁶² Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 53

⁶³ Nærmere om saksforholdet i kapittel 7

gutten skulle bli boende hos sine fosterforeldre der han, også etter hennes oppfattning, hadde det trygt og godt.

5.2.2 Bokstav b)

Bokstav b) sier at adopsjonen må være til ”barnets beste”. I Høyesterett er det dette vilkåret partene er uenige om er oppfylt.

Innholdet i vilkåret drøftes kap 6.

5.2.3 Bokstav c)

Etter bokstav c) må adoptivsøkerne ha ”vært fosterforeldre for barnet og vist seg skikket til å oppdra barnet som sitt eget”. Det er i lovteksten ikke angitt hvor lenge fosterforholdet må ha vart før adopsjon kan innvilges. Ifølge proposisjonen må dette vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle før det gis samtykke til adopsjon.⁶⁴ Dette vilkåret betyr at det ikke kan gis adopsjonssamtykke samtidig som det vedtas omsorgsovertakelse av barnet.

5.2.4 Bokstav d)

Bokstav d) sier at samtykke til adopsjon kan skje dersom ”vilkårene for å innvilge adopsjon etter adopsjonsloven er tilstede.” Adopsjonsloven inneholder også regler som ivaretar barnets og foreldrenes rettssikkerhet. Blant annet har barnet etter adl. § 6 betinget uttalerett, og fra 12 år en ubetinget vetorett i adopsjonssaker. Det er også et vilkår at en adopsjon skal være til ”gagn for barnet”, jf. adl. § 2. Etter alminnelig lesning er det ingen forskjell på ”barnets beste” og ”til gagn for barnet”. Ifølge § 7(2) skal de biologiske foreldrene få uttale seg selv om de ikke har foreldreansvaret.

⁶⁴ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 54

6 Nærmere om prinsippet om barnets beste i barnevernloven § 4-20 tredje ledd bokstav b)

6.1 Innholdet i barnets beste

Barnets beste-vurderingen er en skjønnsmessig vurdering som skal foretas i forhold til det aktuelle barnet. Betegnelsen sier ikke så mye om innholdet av vurderingen, utover det som må ligge i at barnets beste er målet for vurderingen. Noen holdepunkter er det likevel for vurderingen. Disse momentene kan være innbyrdes motstridende. De sklir over i hverandre, men for å skrive om dem har jeg prøvd å lage skiller. I dette kapittelet vil jeg gi en fremstilling over momentene som hittil er fremkommet i høyesterettspraksis, men kan ikke regnes som en uttømmende liste over momenter som kan vektlegges.

I vilkåret om barnets beste er det innfortolket at det kreves sterke grunner for å gjennomføre en tvangsadopsjon, se Rt. 1991 s. 557, s. 561. Dette er gjentatt i senere avgjørelser, blant annet Rt. 2007 s. 561, premiss 47.

En tvangsadopsjonssak gjelder som nevnt spørsmålet om barnet skal adopteres, eller om det skal forbli fosterbarn. For å oppfylle vilkåret ”barnets beste” i § 4-20(3) bokstav b), må adopsjon fremstå som et bedre alternativ for barnet, enn å vokse opp som fosterbarn.⁶⁵

Høyesterett skiller ikke mellom vurderingen av vilkåret ”barnets beste”, og den skjønnsmessige helhetsvurderingen som bvl. § 4-1 legger opp til. Det gjør heller ikke jeg.

6.1.1 Stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen

Det eneste momentet i vurderingen av barnets beste som er inntatt i lovteksten, er at det skal ”legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”, jf. bvl. § 4-1(1) andre setning.

⁶⁵ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 113

Momentet vil særlig ha betydning der det er aktuelt å flytte barnet, enten fra de biologiske foreldrene eller fra fosterfamilien.⁶⁶ Det vil da komme inn som et argument mot flytting fordi skifte av omsorgspersoner er problematisk for barn.

Det fremkommer av forarbeidene at momentet er en understreking av betydningen for kontakt med de biologiske foreldrene i de situasjonene der barnet bor utenfor hjemmet.⁶⁷ Og at nyere forskning viser at det i mange tilfeller er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakten med sine biologiske foreldre.⁶⁸

Jeg har kun funnet uttrykket ”kontinuitet” i et fåtall av sakene for Høyesterett, og bare en gang knyttet opp mot forholdet til de biologiske foreldrene. Det var i Rt. 1994 s. 323, som stadfestet fratakelse av foreldreansvaret for en fire år gammel jente. Mor hadde vært fengslet på en langtidsdom siden datteren var to år. Retten uttalte at det ikke var aktuelt å ivareta en kontinuitet i forholdet mellom moren og datteren, fordi det ikke hadde vært samvær mellom mor og barn siden omsorgsovertakelsen.

Det at stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen skal vektlegges kan, slik jeg tolker lovteksten, tale både for og imot tvangsadopsjoner. Man kan spørre seg hvem kravet om kontinuitet og stabilitet retter seg mot. Særlig kan stabilitet tilsi adopsjon. Et barn som har bodd i fosterhjemmet siden det var lite, vil oppnå stabil voksenkontakt ved adopsjon.

6.1.2 Samvær med biologiske foreldre

Barnets behov for samvær med biologiske foreldre⁶⁹ er et viktig moment i vurderingen av barnets beste.⁷⁰ Dette går på ivaretagelse av det biologiske prinsipp.⁷¹

I saker der det er ønskelig for barnet med samvær med biologiske foreldre, kan dette være begrunnelse for at adopsjon ikke skal gjennomføres, se blant annet Rt. 1997 s. 534.⁷²

⁶⁶ NOU 1985:18, s. 146

⁶⁷ Inst.O. nr 80 (1991-1992) s. 13

⁶⁸ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 51

⁶⁹ Det er ikke bare samværet med biologiske foreldre som drøftes i høyesterettsdommene, men forholdet til den biologiske storfamilien. Et eksempel på det er Rt. 1990 s. 1274, s. 1284 der retten kom inn på at en adopsjon ville avskjære gutten fra kontakt med biologiske søsken.

⁷⁰ Barnets alder kan ha betydning for vektleggingen av samværsmomentet. Nærmere om dette i avsnitt 7.2

⁷¹ Nærmere redegjørelse for prinsippet i kap 4.4

At det er ønskelig med samvær mellom barn og biologiske foreldre, er likevel ikke alltid et argument mot adopsjon. I Rt. 1995 s. 85 stadfestet retten fratakelse av foreldreansvaret for en fem år gammel gutt. På s. 90 ble det uttalt at adopsjon kunne føre til ”en større raushet ovenfor et ønske om kontakt mellom (...) [gutten] og den biologiske familien.”

6.1.3 Trygghet

Det som fremheves som det viktigste argumentet for adopsjon, er at barnet på denne måten oppnår trygghet. Forarbeidene understreker at det er viktig for barn å kunne vokse opp under forhold som i minst mulig grad er preget av usikkerhet for fremtiden.⁷³ Momentet er også fremhevet i nesten alle tvangsadopsjonssakene som har vært for Høyesterett. Høyesterett har begrunnet trygghetsmomentet med at det har positiv betydning for barnets utvikling.⁷⁴

Fosterforholdet ansees ikke som en fullstendig trygg og varig bosituasjon. For det første fordi de biologiske foreldrene vil kunne reise sak for å få omsorgen for barnet tilbake, jf. bvl. § 4-21. Dette kan gjøres med ett års mellomrom, jf. bvl. § 4-20(2). En slik sak kan skape utrygghet. Men, slik jeg forstår høyesterettsdommene, hadde foreldrene akseptert fosterhjemsplasseringene i 11 av de 17 tvangsadopsjonssakene som har vært for Høyesterett. Dette vil si at i de fleste tilfellene er risikoen for at foreldrene skal skape problemer liten.

Det andre forholdet er at et fosterforhold baserer seg på en oppsigbar kontrakt. Jeg kan likevel ikke se at det er en stor fare for at fosterforeldrene sier opp kontrakten.⁷⁵ En fosterfamilie som føler seg så knyttet til fosterbarnet at de ønsker å adoptere det vil, slik jeg ser det, ikke ønske å si opp fosterforholdet med mindre noe spesielt skjer.

Fosterbarnets pubertet og utfordringene dette kan medføre, er av Høyesterett i flere saker nevnt som eksempel på at trygghet er viktig. For det første vil det kunne oppstå problemer

⁷² Dommen behandles nærmere i avsnitt 7.1.2

⁷³ Ot.prp.nr 44 (1991-1992) s. 53

⁷⁴ Rt. 1994 s. 323, s. 325

⁷⁵ I Rt. 1995 s. 85, s. 90 ble det sagt at det sannsynligvis bare var en teoretisk mulighet for at fosterforeldrene ville si opp fosterhjemsavtalen.

mellom barn og fosterforeldre som vil kunne gjøre at fosterforeldrene ønsker å si opp fosteravtalen. For det andre kan biologiske foreldre føle at barnet blir behandlet urett i en konflikt mellom barnet og fosterforeldrene og dermed forsøke å få omsorgen tilbake.⁷⁶

Trygghet er et viktig moment i helhetsvurderingen av barnets beste. Barnet trenger ”reservasjonsløse bekreftelser på at han alltid skal bo hos fosterforeldrene”.⁷⁷

Et fosterforhold opphører når barnet blir myndig, jf. bvl. § 1-3(1). Det er i flere av dommene fremhevet at en adopsjon har den fordelen at den gir barnet trygghet også etter fylte 18 år.⁷⁸

At trygghetsmomentet er viktig, kommer også frem av EMDs praksis. I den andre Adelesaken fant EMD at det var klart relevante og tilstrekkelige grunner til å gi samtykke til adopsjon av barnet. I denne saken ble det blant annet vist til at jenta hadde behov for et rolig og sikkert familiemiljø.⁷⁹

Selv om fosterforeldrene på vedtakstidspunktet fremstår som ressurssterke, har man ingen garantier for at fosterhjemmet fortsetter å være et trygt og godt hjem i fremtiden. Skilsmisser og dødsfall er situasjoner som også kan ramme en fosterfamilie. I Rt. 1987 s. 52 som gjaldt fratakelse av foreldreansvar for en to år gammel jente, kom retten inn på dette temaet på s. 62. Retten uttaler her at det vil være en mulighet for at forholdene i fosterhjemmet utvikler seg slik at man i ettertid kunne si at barnet ikke burde ha blitt adoptert. Retten sier at disse mulighetene må trekkes inn i vurderingen, men dette må ”veies opp mot hensynet til å skape en trygg og fullgod omsorgssituasjon for barnet ut fra den faktiske situasjonen som fortoner seg som overveiende sannsynlig.”

Jeg er enig med Høyesterett. Man kan ikke ta hensyn til alt som kan skje, i så fall ville en adopsjon aldri kunne gjennomføres. I en situasjon der det skjer noe uventet vil dessuten et adoptert barn være tryggere enn et fosterbarn i forhold til å forbli i familien. For det første kan barnevernet komme inn og vurdere på nytt hva slags omsorg et fosterbarn får. Er

⁷⁶ Dette siste var et viktig moment for mindretallet i Rt. 1997 s. 534, s. 542

⁷⁷ Rt. 1992 s. 306, s. 311

⁷⁸ Bl.a. ble dette kommentert av mindretallet i Rt. 2001 s. 14, s. 26

⁷⁹ Johansen v Norway, 10.10.02. Nærmere om saken i avsnitt 7.1.1

fosterfamilien da i en vanskelig situasjon, kan det føre til at barnet må flytte.⁸⁰ I tillegg kan det være lettere for fosterforeldrene å gi opp et fosterbarn i en vanskelig situasjon enn et barn som er adoptert. I de aller fleste tilfeller der det oppstår noe uventet, vil man finne ordninger for sine egne barn.

En adopsjon fører også til økt trygghet for fosterforeldrene, blant annet var dette fremme i Rt. 1995 s. 85. Dette perspektivet drøftes nærmere i neste avsnitt.

6.1.4 Forholdet mellom fosterforeldrene og barnet

Et annet argument som kan tilsi adopsjon, er at dette skaper en sterkere følelsesmessig tilknytning mellom fosterbarn og fosterforeldre.

Fosterbarn kan være usikre på tilhørigheten sin til fosterforeldrene. For eksempel kan de føle at de bor hos fosterforeldrene på grunn av den økonomiske støtten fosterforeldrene får av barnevernet.⁸¹ En adopsjon vil fjerne denne usikkerheten. Mindretallet i Rt. 2001 s. 14 uttalte på s. 26 at en adopsjon ville bidra til å styrke jentas følelse av å høre til hos fosterforeldrene.⁸²

Den sterkere tilknytningen ved en adopsjon går begge veier, og er av Høyesterett også brukt i forhold til fosterforeldrenes tilknytning til barnet. Rt. 1995 s. 85 stadfestet retten fratakelse av foreldreansvaret for en gutt på fem år som hadde bodd hele sitt liv hos fosterforeldrene. På side 90 uttalte de sakkyndige at hvis gutten forble fosterbarn istedenfor å adopteres, ville det kunne etableres et følelsesmessig forbehold hos fosterforeldrene ovenfor gutten. Dette ble vektlagt av retten. I Rt. 1994 s. 323 stadfestet retten fratakelse av foreldreansvaret for en fem år gammel gutt. På s. 325 nevnte retten at en adopsjon ville gjøre fosterforeldrene ”mer reservasjonsløse i sin omsorg for barnet.”

⁸⁰ Dette ble bl.a. påpekt av de sakkyndige som et argument for adopsjon i Rt. 1995 s. 85, s. 90

⁸¹ Helgeland (2007) s. 205

⁸² Nærmere om dommen i kap 7

Selv om Høyesterett her tar hensyn til fosterforeldrene, blir dette vurdert opp mot hva dette har å si for barnet. Slik jeg ser det har dette relevans i en barnets beste-vurdering. Å ha voksne som føler seg knyttet til en, er en klar fordel for barnet.

6.1.5 Likestillingsvirkning i forhold til andre barn i fosterfamilien

Det er i flere av sakene fremhevet av retten, som et argument for adopsjon, at dette har en likestillingsvirkning mellom fosterbarnet og andre barn i fosterfamilien. En slik likestilling vil blant annet gå ut på at barnet arver adoptivforeldrene på lik linje med deres biologiske barn.

I Rt. 1982 s. 1687 stadfestet Høyesterett fratakelse av foreldreansvaret for en ni år gammel gutt. I denne saken ble det vektlagt at fosterforeldrene ønsket å adoptere gutten før adopsjon av det andre fosterbarnet, en yngre jente, ble gjennomført. Fosterforeldrene ønsket at gutten skulle adopteres først slik at han fikk odelsretten på gården der barna vokste opp. Det ble vektlagt at en odelsrett har klare sosiale og kulturelle sider, og at forskjellig status for fostersøsknene kunne påvirke forholdet dem imellom negativt.

6.1.6 Barnets eget ønske

Om barnet selv ønsker å bli adoptert eller ikke, er et moment i helhetsvurderingen av barnets beste.⁸³

Etter bvl. § 6-3(1) skal barn ”gis anledning til å uttale seg før det kan tas avgjørelser i sak som berører han eller henne”. Denne bestemmelsen skal harmonere med barnekonvensjonen artikkel 12(1) som også understreker barnets rett til å bli hørt i alle saker som berører barnet. En avgjørelse om adopsjon er helt klart en avgjørelse som vil berøre barnet. Adl. § 6(2) slår fast at barn over 12 år ikke kan adopteres mot sin vilje. Også

⁸³ Rt. 2007 s. 561, premiss 60

EMD har tillagt barnets egen mening vekt i tolkningen av EMK artikkel 8. Et eksempel på det er den andre Adelesaken der barnets ønske ble vektlagt.⁸⁴

I motsetning til norsk rett inneholder barnekonvensjonen artikkel 12 ingen aldersangivelse. Tidligere sa § 6-3(1) at barn skal tas med på råd når barnets utvikling, modenhet og sakens art tilsa det. Etter bestemmelsens punkt 2 skulle barn som hadde fylt 12 år, alltid få si sin mening før vedtak ble truffet. Dette ble blant annet kritisert av barneombudet som mente at 12-årsgrensen var for høy, og at dette fungerte som en absolutt grense for når barns mening skulle høres.⁸⁵ Ved inkorporeringen av barnekonvensjonen ble bestemmelsen endret ved at aldersangivelsen ble satt ned til syv år. For yngre barn skal det vurderes skjønnsmessig om barnet er i stand til å danne egne synspunkter. Det kan være en fare med syvårsaldersangivelse at den kan fungere på samme måte som 12-årsgrensen gjorde før, nemlig at barn under syv år aldri får anledning til å uttale seg.

Det som kan være vanskelig ved å tillegge uttalelsene til små barns vekt, er for det første at barn kan forandre mening fort slik at man ikke kan stole fullstendig på hva et barn sier. Barn kan dessuten komme i en lojalitetskonflikt ovenfor de biologiske foreldrene ved å måtte være med på å bestemme. Dette kan skape tvil om barnets uttaleser.⁸⁶ Likevel tror jeg det er viktig for barn å uttale seg om sin egen situasjon.

Etter barnekonvensjonen skal barnets synspunkter tillegges ”behørig vekt”. I norsk rett sies det kun at ”barnets mening skal tillegges vekt”, jf. bvl. § 6-3(1) andre setning. Etter en alminnelig lesning kan det virke som om barnets uttalelse skal veie noe mer etter barnekonvensjonen, enn den gjør etter norsk rett.

Tvangsadopsjonssakene for Høyesterett har omhandlet barn fra to til fjorten år. De fleste av disse barna har nok ikke en klar forståelse av hva adopsjon innebærer. Rt. 2007 s. 561, premiss 60, vektla likevel den ni år gamle guttens ønske om at fosterforeldrene skulle

⁸⁴ Johansen v. Norway 10.10.02, nærmer om saken i avsnitt 7.1.1

⁸⁵ Ot.prp.nr 45 (2002-2003) s. 29

⁸⁶ Dette ble bl.a. tatt opp i Rt. 1990 s. 657, s. 659. Gutten på 14 år ønsket adopsjon, men uttalte at han ikke ønsket det hvis dette ble en for stor belastning for moren. Reservasjonen ble ikke tillagt vekt fordi den var begrunnet i omsorg for moren.

bestemme alt, også når han skulle få treffe sin biologiske mor. Høyesterett tolket dette som et ønske om å bli adoptert.⁸⁷

Smith skrev i 1981: ”[i] en kamp mellom foreldre og stat om hvem som skal bestemme hva som er barnets beste, ser det ut til at man lett glemmer hovedpersonene og deres behov for å være med på avgjørelsene.”⁸⁸ Man kan jo håpe på at det etter inkorporeringen av barnekonvensjonen er skjedd en endring. Dommen fra 2007 kan være en indikasjon på at dette i alle fall gjelder tvangsadopsjon.

Artikkel 12 i barnekonvensjonen er den eneste artikkelen i barnekonvensjonen som er nevnt i tvangsadopsjonsdommene.

6.1.7 Identitet

Rett til en identitet er en av de grunnleggende rettigheter for barn ifølge FNs barnekonvensjon. Det kommer blant annet til uttrykk i barnekonvensjonens artikkel 7(1) som gir barn rett til kjennskap om sine biologiske foreldre. Adl. § 12 gir adopterte barn en rett til å få vite at de er adoptert, og til å få vite hvem ens biologiske foreldre er ved fylte 18 år.

I rettspraksis for tvangsadopsjon, har derimot identitetsspørsmålet oftest vært knyttet til barnets fosterforeldre og ikke opp mot barnets biologiske foreldre. Dette skjedde blant annet i Rt. 1995 s. 85. På s. 89 ble det trukket frem av de sakkyndige at gutten snart skulle starte på skole, og at han i den forbindelse kunne føle seg annerledes fordi han ikke hadde samme etternavn som fosterforeldrene.⁸⁹

Enda tydeligere ble identitetsmomentet fremhevet i Rt. 1985 s. 344. De sakkyndige uttalte på s. 350 at det ville være et sentralt psykologisk problem for gutten hvor han egentlig hørte til. For å dempe dette problemet anbefalte de sakkyndige adopsjon.⁹⁰

⁸⁷ Nærmere om dommen i kap. 7

⁸⁸ Smith (1981)

⁸⁹ Nærmere om saksforholdet i avsnitt 6.1.4

⁹⁰ Nærmere om saksforholdet i avsnitt 7.2

I Rt. 2007 s. 561, premiss 59, ble imidlertid identitetsmomentet brukt i forhold til de biologiske foreldrene. Men da likevel som et argument for adopsjon. Her hadde de biologiske foreldrene en bakgrunn med narkotika og kriminalitet. De sakkyndige mente at gutten hadde behov for den ekstra tryggheten en adopsjon gir når disse opplysningene skulle integreres i hans identitet.⁹¹

6.1.8 Kulturell bakgrunn

En annen variant av identitetsspørsmålet er ivaretagelse av barnets kulturelle bakgrunn. Norge blir i større og større grad et flerkulturelt samfunn. I barnekonvensjonens artikkel 20(3), andre setning er det angitt retningslinjer for hvilke vurderinger som skal foretas ved valg av løsning for barnet. Den ene retningslinjen er at det skal tas hensyn til barnets etniske, religiøse, kulturelle og språklige bakgrunn. Dette kom inn i bvl. § 4-15 ved inkorporeringen av barnekonvensjonen. Tidligere var dette praksis i barnevernet, men ved å ta det inn i lovteksten ønsket man å sikre at barnevernet i større grad tar hensyn til dette i sine vurderinger. En risiko ved denne tydeliggjøringen er at momentet legges avgjørende vekt på, istedenfor at det er et hensyn som vurderes på lik linje med andre forhold. Av den grunn støttet ikke barneombudet presiseringen i lovteksten. Forarbeidene uttaler imidlertid at det er barnets beste som skal legges til grunn.⁹²

Bvl. § 4-15 gjelder valg av plasseringssted og vil følgelig skje før en adopsjon av barnet blir aktuelt, likevel kan kulturell bakgrunn komme inn i barnets beste-vurderingen i en adopsjonssak. Kulturell bakgrunn var et viktig moment i Rt. 1994 s. 805. I denne saken stadfestet Høyesterett fratakelse av foreldreansvaret av en jente på to år. Jentas mor var fra Peru. Foreldrene ønsket at datteren skulle adopteres av morens søster istedenfor av fosterforeldrene fordi hos tanten ville barnet vokse opp hos en familie med samme etniske bakgrunn som barnet. Retten var enig i at dette var et sterkt argument, men la likevel større

⁹¹ Nærmere om saksforholdet i kap 7

⁹² Ot.prp.nr 45 (2002-2003) s. 44 og 45

vekt på tilhørigheten hun hadde fått hos fosterforeldrene.⁹³ Dommen ble avsagt før inkorporeringen av barnekonvensjonen, men samme problemstilling kan oppstå i dag.

Det kommer klart frem at det kan være viktig for barn å vokse opp hos en familie der de ikke skiller seg for mye ut, likevel er det viktig at etnisk bakgrunn ikke blir hovedfokuset i saker som omhandler minoritetsbarn. Det må ikke bli slik at minoritetsbarn får et dårligere vern enn etnisk norske barn.

6.2 Beviskravet for "barnets beste"

Med beviskrav menes spørsmålet om hvilken grad av sannsynlighet som skal foreligge for at et faktum ansees bevist.⁹⁴ Bratholm skriver at man ikke kan kreve samme sikkerhet for bevisene i barnevernsaker som i straffesaker. Dette ville kunne medføre at man ikke kunne gripe inn når det er meget sannsynlig, men ikke helt sikkert, at barnet lider overlast.⁹⁵ Et slikt beviskrav ville kunne føre til at flere barn ble boende i skadelige hjem. En barnevernsak skiller seg også fra en straffesak ved at vurderingstemaet gjelder forhold i fremtiden, ikke fortiden.

Når det gjelder vilkåret i bokstav b) om "barnets beste", har Høyesterett understreket at det må kunne sies med "relativ stor sikkerhet" at det er til det beste for barnet å adopteres, jf. Rt. 1991 s. 557, s. 562. Dette viser at det kreves mer enn alminnelig sannsynlighetsovervekt for å bevise at vilkåret om barnets beste er oppfylt.⁹⁶

6.3 Generelle og individuelle momenter

I hvilke grad generelle uttalelser om barnets beste kan vektlegges i tvangsadopsjonssaker er diskutert i flere Høyesterettsdommer.

⁹³ I denne saken ønsket foreldrene å beholde foreldreansvaret slik at barnet kunne adopteres av tanten. I Høyesterett var det kun spørsmål om fratakelse av foreldreansvaret som skulle avgjøres, men pga. den nære sammenhengen i problemstillingene vurderte retten også hvordan det ville være for jenta å adopteres av tanten.

⁹⁴ Lindboe (2007)

⁹⁵ Bratholm (1980) s.405

⁹⁶ Lindboe (2007)

I Rt. 2007 s. 561, premiss 47 til 50, drøfter Høyesterett dette.⁹⁷ Utgangspunktet i barnets beste-vurderingen, er at dette må baseres på en konkret vurdering, men at vurderingen også må bygge på generelle erfaringer. De uttaler at det ikke kan trekkes noe klart skille mellom generelle erfaringer og individuelle hensyn. Generelle erfaringer kan utformes mer eller mindre nyansert, som eksempel nevner de lengden på fosterhjems plasseringen.

Dette kommer som svar på uttalelser fra flertallet i Rt. 2001 s. 14. De sakkyndige fremhevet at adopsjon i sin alminnelighet er bedre for barn enn å forbli fosterbarn. Høyesterett aviste ikke dette, men mente at generelle antagelser må suppleres med spesifikke og individuelle forhold, som de mente ikke var tilstede i denne saken.⁹⁸

I litteraturen tar man opp spørsmålet om uttalelsen fra 2001 stilte opp nye krav for tvangsadopsjon.⁹⁹ Vektleggingen har derimot blitt diskutert tidligere. I Rt. 1990 s. 1274, s. 1279-1280, uttalte retten at hensyn som gjør seg gjeldende i de fleste fosterhjem ikke er tilstrekkelig for adopsjon, med mindre de i den konkrete sak gjør seg gjeldende med særlig styrke. Her kom retten til omtrent samme resultat som i 2001.

Det er ikke et mål i Norge å øke antall tvangsadopsjoner.¹⁰⁰ Da må det mer enn generelle uttalelser om barnets beste for å adoptere. Det vil ellers omfatte mange barn i fosterhjem. Likevel er jeg enig med Høyesteretts uttalelse i Rt. 2007 s. 561 at det er vanskelig å skille mellom generelle og individuelle hensyn. Hva disse hensynene skulle innebære er også uklart. Slik jeg ser det bør det være rom for også å kunne vektlegge faglige, generelle uttalelser.

6.4 Hensynet til de biologiske foreldrene

I barnevernsaker kan det være interessekonflikter mellom barnets og foreldrenes interesser. Mens barnets interesser kan tilsi at barnevernet setter i verk tiltak, kan dette være svært belastende for de biologiske foreldrene. Foreldrenes interesser i en

⁹⁷ Nærmere behandling av dommen i kap. 7

⁹⁸ Rt. 2007 s. 561 samsvarer i stor grad med mindretallet fra 2001 på dette punkt. Mindretallet vekta generelle uttalelser i større grad enn flertallet.

⁹⁹ Lindboe (2003) s. 144

¹⁰⁰ St.meld.nr 40 (2001-2002) s. 144

barnevernsak er å beholde barnet hos seg, eller i det minste å beholde samværsretten og foreldreansvaret. Dette er sammenfallende med barnvernslovens biologiske prinsipp. Det biologiske prinsipp er ikke begrunnet med hensyn til foreldrene i forarbeidene, men derimot begrunnet av at det er til barnets beste.¹⁰¹ Likevel er det slik at prinsippet beskytter foreldrenes interesser.

I en tvangsadopsjon vil hensynet til foreldrene tilsi at adopsjon ikke skal gjennomføres. Man kan stille spørsmål om det etter nasjonal rett er adgang til å ta hensyn til foreldrene.¹⁰²

Etter bvl. § 4-1(1) andre setning skal det legges ”avgjørende vekt” på å finne barnets beste. Etter en alminnelig lesning utelukker ikke bestemmelsen at hensynet til foreldrene vektlegges, bare at det tillegges mindre vekt enn hensynet til barnet.

Av forarbeidene fremgår det derimot at man ikke skal vektlegge hensynet til foreldrene. NOUen fra 1985 nevner eksempelvis en situasjon der foreldrene har psykiske lidelser, og der det behandlingsmessig er best for dem å ha barna hos seg. Dette hensynet til foreldrene skal ikke vektlegges. NOUen mener at i de situasjonene der barnets beste ikke gir noe svar kan hensynet til foreldrene likevel vektlegges.¹⁰³ Sandberg mener at dette er en uheldig uttalelse fordi det lett kan føre til en utglidning i retning av å vektlegge andre enn barnets interesser.¹⁰⁴ Barne- og familiedepartementet foreslo etter høringen at ”avgjørende vekt” skulle komme inn i lovteksten. De mente også at det ikke skal legges vekt på hensynet til foreldrene.¹⁰⁵

Barnekonvensjonens artikkel 3(2) pålegger statene en omsorgsplikt for barnet. Her trekkes hensynet til foreldrene inn. Det fremkommer ikke av ordlyden om foreldrenes interesser også skal tas hensyn til der de kommer i konflikt med barnets interesser og behov. I og med at formålet med barnekonvensjonen er å beskytte barn, kan neppe bestemmelsen tolkes slik

¹⁰¹ Nærmere om dette i avsnitt 4.4

¹⁰² Det er i noen saker blitt tatt hensyn til foreldrene. Bl.a. Rt. 1987 s. 52 mente mindretallet at sterke menneskelige hensyn talte for at man måtte avvente adopsjonssaken. Foreldrene hadde mistet sin eldste datter i en ulykke.

¹⁰³ NOU 1985:18, s. 145

¹⁰⁴ Sandberg (2003) s. 60

¹⁰⁵ Ot.prp. nr 44 (1991-1992) s. 28

at barn kun skal sikres nødvendig omsorg innenfor foreldrenes interesser.¹⁰⁶ Dette synspunktet underbygges ved å se artikkelen i sammenheng med blant annet artikkel 9 som gir staten rett til å gripe inn i forholdet mellom foreldre og barn.

I EMDs tokning av EMK har foreldrenes interesser en plass. I Adelesaken, premiss 78, uttalte domstolen at ved vurderingen av interessemotsetningen mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet må det finnes en "fair balance". Domstolen legger i denne vurderingen spesielt vekt på barnets beste og at dette kan føre til at foreldrenes interesser settes til side.¹⁰⁷

Norge skal anvende samme metode som EMD i tolkningen av EMK.¹⁰⁸ Dette vil tilsi, slik jeg ser det, at norske rettsanvenderne også skal veie foreldrenes interesser opp mot barnets interesser. I de norske dommene som har kommet etter Adelesaken har dette ikke blitt gjort. Riktignok er hensynet til foreldrene nevnt, men kun i sammenheng med barnets interesser. For eksempel ble hensyn til biologisk mor tatt opp i Rt. 2001 s. 14, s. 23. Man var usikker på morens psykiske reaksjon i forhold til om hun hadde styrke til å opprettholde kontakt med datteren hvis en adopsjon ble gjennomført.¹⁰⁹

At hensynet til foreldrene ikke skal være med i vurderingen synes jeg er et klart eksempel på at norsk rett har en mer barnevennlig rettspraksis enn EMD. Jeg mener at fokuset i en barnevernsak bør ligge på barnet, slik det skal etter norsk rett og etter barnekonvensjonen. Et barn er sårbart og forsvarsløs. Omsorgssvikt i barneårene kan føre til store problemer, kanskje for resten av livet.¹¹⁰ Hvis man skal ta hensyn til foreldrene i avgjørelsen av om eller hvilket tiltak som skal iverksettes, kan dette gå utover barnet i de situasjoner der omsorgspersonene ikke strekker til.

¹⁰⁶ Sandberg (2003) s. 170

¹⁰⁷ Nærmere om Adelesaken og EMDs praksis i avsnitt 7.1

¹⁰⁸ Nærmere om dette i avsnitt 2.1

¹⁰⁹ Nærmere om denne dommen i avsnitt 7.1

¹¹⁰ Smith (1999)

7 Hvordan blir hensynet til barnets beste vektlagt i forhold til det biologiske prinsipp i saker om tvangsadopsjon?

7.1 Adelesaken og dens følge for norsk rettspraksis

I dette kapittelet vil jeg først oppsummere Adelesaken og deretter drøfte om den har ført til en strengere rettspraksis rundt tvangsadopsjoner, ved at det biologiske prinsipp vektlegges i større grad enn tidligere. Det har vært tre Høyesterettsdommer om tvangsadopsjon etter Adelesaken. Deretter vil jeg i avsnitt 7.2 se på hvordan prinsippene vektlegges i Høyesterett.

7.1.1 Adelesaken¹¹¹

Adelesaken er den eneste saken der norsk barnevern har vært behandlet i menneskerettsdomstolen. Det ble under dissens (8-1) erklært brudd på EMK artikkel 8 som sikrer individet rett til respekt for sitt familieliv.

Bakgrunnen for saken var at Adele Johansens datter ble tatt under offentlig omsorg 13. desember 1989 i et hastevedtak jf. 1953-loven § 13. Da var barnet seks dager gammelt. Noen måneder senere ble det vedtatt omsorgsovertakelse i tillegg til et vedtak om fratakelse av foreldreansvaret med tanke på adopsjon. Barnet ble satt i fosterhjem og hadde fra vedtaksdato ikke kontakt med sin biologiske mor, dette til tross for at moren klagde saken inn for domstolene og ba fylkesmannen om å gi klagen oppsettende virkning i forhold til begrensingene i samværet. Dette ble ikke innvilget. Grunnen for den raske behandlingen fra barnevernets side, var morens dårlige samarbeid med barnevernet når det gjaldt hennes eldre sønn, og forskningsresultater som viste at det er uheldig for barn å være langtidsfosterbarn istedenfor å adopteres. Da datteren var ett år, kom saken opp for

¹¹¹ Johansen v. Norway 07.08.96

byretten. Morens situasjon var bedret, og det ble vurdert at hun nå hadde omsorgsevne. Men ut fra hensynet til barnets beste, kom byretten til at fylkesmannens avgjørelse skulle opprettholdes. Etter dagjeldende regler anket moren saken inn for Høyesterett der saken ble nektet fremmet.

Johansen klaget da saken inn for menneskerettighetskommisjonen 10. oktober 1990 og våren 1995 ble saken brakt inn for EMD. Norge ble dømt av EMD for krenkelse av artikkel 8 i forhold til samværsnekt og fratakelse av foreldreansvaret, men ikke for vedtaket om omsorgsovertakelse. Det var ikke barnevernloven av 1953 som stred mot artikkel 8, men praktiseringen av den.¹¹²

For at et barneverntiltak ikke skal være en krenkelse av artikkel 8, må vilkårene i artikkelens andre ledd være oppfylt. Det vilkåret som har vært drøftet i barnevernsaker er at tiltaket må være ”necessary in a democratic society”.¹¹³

Nødvendighetsvilkåret innebærer at inngrepet må være begrunnet i sterke samfunnsmessige hensyn. EMD tar i betraktning at statene har en viss skjønnsmargin, blant annet fordi synet på familie er forskjellig i medlemslandene, premiss 64.

I Adelesaken, premiss 64, skilte domstolen mellom de ulike tiltakene som var blitt satt inn i forhold til barnet. Når det gjaldt omsorgsovertakelsen av datteren, ble Norge innrømmet et stort skjønnsmessig spillerom. EMD fant at begrunnelsen for å overta og beholde omsorgen var både relevante og tilstrekkelige til å legitimere inngrepet i forhold til EMK artikkel 8, premiss 73.

EMD uttalte, i premiss 78, at omsorgsovertakelse av barn i utgangspunktet bør ansees som et foreløpig tiltak som skal oppheves så snart omstendighetene tillater det. Ethvert iverksettelsestiltak når det gjelder midlertidig omsorg bør være i samsvar med målet om å forene barnet med de biologiske foreldrene. Her ser man at domstolen setter gjenforening høyt. Gjenforening er et direkte utslag av det biologiske prinsipp. Tvangsadopsjon er klart i

¹¹² Johansen klaget også på saksbehandlingen. Verken EMK artikkel 6 eller 8 var krenket på dette punkt.

¹¹³ De andre vilkårene for at et barnevernstiltak ikke skal være brudd på artikkel 8 er at tiltaket skal være ”in accordance with the law”, mer om dette vilkåret i avsnitt 4.1. Inngrepet må i tillegg være av hensyn til ”protection of the rights and freedom for others.”

strid med denne målsetningen. Det samme er samværsnekt som etter en stund vil umuliggjøre en gjenforening, fordi barnet ikke kjenner sine biologiske foreldre.

EMD fortsatte med at det må finnes en rimelig balanse mellom barnets interesse i å forbli i offentlig omsorg, og foreldrenes interesse i å bli gjenforent med barnet.¹¹⁴ I denne avveiningen påpekte EMD at de legger spesielt vekt på hva som er til barnets beste, og avhengig av art og alvor kan det gjøre at foreldrenes interesser må settes til side. Selv om det ikke kan tolkes ut fra ordlyden i EMK artikkel 8, vektlegges likevel barnets beste i EMDs praksis.

Statenes skjønnsmargin er mindre når det gjelder tiltak som går lenger enn å ta omsorgen fra foreldrene. Da vil det være nødvendig med ”a stricter scrutiny”, premiss 64. Dette fordi slike tiltak medfører fare for at familieforbindelsen mellom foreldre og barn brytes.

Tiltakene klageren var blitt utsatt for, var spesielt vidtrekkende i det de fratok klageren sitt familieliv med barnet og at dette ikke var i samsvar med gjenforeningsmålet. Domstolen uttalte at slike tiltak kun bør anvendes i ”exceptional circumstances” og kan bare rettferdiggjøres hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste. Tvangsadopsjon er altså et tiltak som aksepteres av EMD, men kun i ekstraordinære tilfeller.

I Adelesaken, premiss 84, fant ikke domstolen at tiltakene samsvarte med et dominerende hensyn til barnet beste. Myndighetenes grunner var relevante, men ikke tilstrekkelige til å begrunne et så inngripende vedtak.

Det biologiske prinsippet står sterkere hos EMD enn det har gjort i Norge. Dette har sammenheng med at hensikten med EMK er å beskytte individene mot overgrep fra staten.

Til tross for dommen fra EMD traff fylkesnemnda 19. november 1997 vedtak om adopsjon av Johansens datter. Johansen klaget vedtaket inn for rettsystemet, men saken ble avvist av alle instanser. Parallelt med adopsjonssaken, krevde Johansen fastsettelsesdom på at hun i kraft av EMDs avgjørelse hadde foreldreansvaret for datteren. Dette søksmålet førte heller ikke frem i rettssystemet. Dette søksmålet reiser spørsmålet om hvilken virkning en EMD-

¹¹⁴ Nærmere om hensynet til foreldrene i 6.4

dom har. Ifølge EMK artikkel 46 har staten plikt til å rette seg etter EMDs dommer i saker der den er part, men det innebærer ikke at konvensjonsstridige vedtak blir ugyldig.

Johansen innga i mars 2002 en ny klage til EMD, den andre Adelesaken.¹¹⁵ Klagen gjaldt spørsmålet om samtykke til adopsjon og samværsnekten i påvente av avgjørelse i adopsjonssaken. Klagen ble avvist av EMD. I forhold til EMK artikkel 8 fant EMD at det var både relevante og tilstrekkelige grunner for adopsjon. Det ble vektlagt at jenta på 13 år selv ønsket adopsjon, og at hun hadde behov for et rolig familieliv.

7.1.2 Etterfølgende norsk rettspraksis

I den første saken for Høyesterett etter Adelesaken, Rt. 1997 s. 534, avgjorde Høyesterett under dissens (3-2) at det ikke skulle gis samtykke til adopsjon av to gutter på ni og tolv år. Guttene hadde bodd i hvert sitt fosterhjem i åtte år. I disse årene hadde guttene jevnlig, men sjeldent samvær med mor, rundt en til to ganger i året.

Det var enighet om at guttene skulle fortsette å bo i fosterhjemmet på grunn av den sterke tilknytningen de hadde der, selv om mor de siste årene hadde hatt en fin utvikling, og de sakkyndige hadde konkludert med at hun nå hadde omsorgsevne.

Førstvoterende dommer Lund som representerte flertallet mente at i denne saken var det flere forhold som tilsa at guttene burde adopteres. Argumentene for adopsjon var det langvarige fosterforholdet og forholdet til andre barn i fosterfamilien. Det som talte mot adopsjon, og som var det avgjørende momentet, var at samværet med mor var viktig. Det biologiske prinsipp kom sterkt inn i skønnsvurderingen av barnets beste.

Annenvoterende dommer Gussgard var enig i at samvær med mor var viktig for guttene. Mindretallet mente at samværet kunne opprettholdes til tross for adopsjon fordi fosterforeldrene var åpne for en samværsordning. Mindretallet la størst vekt på tilhørighet til fosterforeldrene og trygghetsmomentet.

¹¹⁵ Johansen v Norway, 10.10.02

Både flertallet og mindretallet argumenterte godt for sine konklusjoner. De sakkyndige hadde her anbefalt at guttene fortsatte å ha samvær med mor. Jeg ser derfor at dette er et viktig hensyn i denne saken. Jeg synes likevel at mindretallets begrunnelse er mest overbevisende, fordi guttene antagelig ville fortsette å treffe mor etter adopsjonen.

Til tross for at begge partene nevner Adelesaken, tok ikke retten opp forholdet mellom nasjonal rett og EMK. Det ble dermed ikke gitt uttrykk for at tvangsadopsjonsvilkårene var endret etter Adelesaken. Dette kan tyde på at retten anså nasjonal rett å være i overensstemmelse med EMK. Man kan likevel stille spørsmålet om Adelesaken kan ha hatt en skjult innvirkning på rettens avgjørelse, fordi det i denne dommen var en kursendring i vektlegging av samvær i forhold til tidligere avgjørelser, slik at dette kommer i overensstemmelse med EMDs praksis. Jeg kan nemlig ikke se at saksforholdet skiller seg vesentlig fra de tidligere sakene der adopsjon ble innvilget.

Den neste tvangsadopsjonsdommen, og den første etter inkorporeringen av EMK, er Rt. 2001 s. 14. Også i denne dommen avgjorde dommerne under dissens (3-2) at foreldreansvaret ikke skulle fratas mor og at samtykke til tvangsadopsjon skulle nektes.

Saken gjaldt en syv år gammel jente som hadde bodd i fosterhjemmet siden hun var 16 måneder. De siste årene hadde hun hatt samvær med mor rundt to ganger årlig. Mors situasjon var bedret, men det var likevel enighet om at omsorgen ikke skulle overføres til henne, da dette ville være skadelig for datteren. Fosterforeldrene ble ansett som skikket til å oppdra barnet som sitt eget. Vilkårene i bvl. § 4-20(3) a) og c) var dermed oppfylt. Det som ble drøftet var om en adopsjon ville være til ”barnets beste” jf. bvl. § 4-20(3)b).

Førstvoterende dommer Oftedal Broch, som formulerte flertallssynet, understrekte først at det kreves sterke grunner for adopsjon. Dette kravet så flertallet i lys av EMDs krav om ekstraordinære tilfeller. I denne saken var det hovedsakelig generelle erfaringer som tilsa adopsjon, men førstvoterende mente at dette må suppleres med spesifikke og individuelle forhold. Han foretok deretter en konkret vurdering der han vektla samvær med mor og konkluderte med at det var vanskelig å se at adopsjon var til jentas beste.

Annenvoterende dommer Bruzelius, som formulerte mindretallets syn, la derimot vekt på trygghetsmomentet. De vektla i mindre grad samværet med mor og mente at dette behovet

kunne opprettholdes ved adopsjon. Mindretallet mente at vilkårene etter bvl. § 4-20(3) var oppfylt. De mente videre at en adopsjon ikke ville stride mot EMKs krav.¹¹⁶

I denne saken er jeg enig med mindretallet. EMD har åpnet for at tvangsadopsjon er mulig, og jeg kan ikke se i hvilke saker tvangsadopsjon skal kunne gjennomføres i hvis det ikke er i en sak som denne. EMDs krav til tvangsadopsjon er strengt, men her virker det som Norge er enda strengere. Flertallet legger stor vekt på det biologiske prinsipp. Det var ikke sterke konkrete argumenter som talte mot adopsjon, men likevel krevde flertallet spesifikke, individuelle forhold i tillegg. Mindretallets argumentasjon er i større grad knyttet til dette barnets situasjon som fosterbarn.

I dommen er det en viss uenighet om nasjonal rett har vært i samsvar med EMK. I forhold til den tidligere dommen virker det som om Høyesterett har ombestemt seg med tanke på om nasjonal rett har vært i samsvar med EMK, og at Adelesaken fører til at det biologiske prinsipp får større vekt. I denne dommen er det tydelig at EMD har påvirket nasjonal rett til å vektlegge det biologiske prinsipp i sterkere grad enn det har vært gjort i tidligere saker.

Antagelig er flertallets avgjørelser i samsvar med EMDs praksis, men det er ikke selvsagt at mindretallets tolkning av EMDs praksis ville være et brudd på EMK artikkel 8.

Den siste tvangsadopsjonssaken som har vært i Norge, som samtidig var den første dommen som har kommet etter inkorporeringen av barnekonvensjonen er Rt. 2007 s 561. I denne enstemmige dommen ble vedtaket om fratakelse av foreldreansvar og samtykke til adopsjon, opprettholdt.

Saken omhandlet en gutt på ni år som hadde bodd i fosterhjemmet siden han var ett år. Foreldrene hadde rusproblemer, og det var mistanke om fysisk mishandling av gutten som baby. Mors situasjon på domstidspunktet var noe forbedret, men det var likevel klart at gutten ikke skulle tilbakeføres. Far ønsket adopsjon.

Også i denne dommen var det sentrale spørsmålet om vilkåret ”barnets beste” var oppfylt, jf. bvl. § 4-20(3)b) Førstvoterende dommer Bruzelius redegjorde først generelt om vilkåret

¹¹⁶ Nærmere om flertallets og mindretallets tolkning av EMKs krav om ekstraordinære tilfeller nedenfor i avsnitt 7.1.3

om barnets beste. Dette gikk ut på vektleggingen av generelle erfaringer,¹¹⁷ kravet om ekstraordinære tilfeller¹¹⁸ og om det er et absolutt hinder for adopsjon hvis det er ønskelig med samvær mellom barn og de biologiske foreldrene.¹¹⁹ På disse områdene skiller denne avgjørelsen seg fra dommen fra 2001.

I den konkrete avgjørelsen la retten vekt på at barnet hadde vært i langvarig fosterhjem, og at adopsjon i slike tilfeller er bedre for barnet enn et fortsatt fosterhjemsforhold. Gutten var sårbar og hadde behov for trygghet. Mor hadde vansker med å akseptere fosterhjems plasseringen og hadde dermed skapt utrygghet for gutten. Det ble også lagt vekt på guttens ønske om adopsjon, premiss 60.¹²⁰ Også i denne saken var det ønskelig med samvær med de biologiske foreldrene.¹²¹ Retten la imidlertid til grunn at samværet kom til å fortsette også etter adopsjon.

Jeg synes her at rettens avgjørelse er god. Her har retten foretatt en konkret helhetsvurdering av hva som er best for dette barnet. Det er bra at det igjen er kommet en dom som innebærer at muligheten for tvangsadopsjon har økt. Sandberg mener at dommen vitner om forståelse fra Høyesterett om hva det innebærer for et barn å være fosterbarn hele sin barndom.¹²²

Selv om saksforholdene i de tre sakene er litt forskjellige, tolker jeg dommene slik det biologiske prinsipp vektlegges i mye større grad i de to første enn i den siste, som åpner for større fleksibilitet i vurderingen.

I den enstemmige dommen Rt. 2002 s. 908 som omhandlet samvær med biologiske foreldre under omsorgsovertakelse, uttalte førstvoterende dommer Coward, på s. 913, at norske høyesterettsdommer avsagt etter Adelesaken ser ut til å være i overensstemmelse med kravene EMD stiller opp. Hun nevner spesifikt tvangsadopsjonsdommene fra 1997 og 2001. Man kan likevel stille spørsmål om hvor langt en slik uttalelse rekker. Det er ikke

¹¹⁷ Nærmere om dette i avsnitt 6.3

¹¹⁸ Nærmere om dette i avsnitt 7.1.3

¹¹⁹ Nærmere om dette i avsnitt 7.2

¹²⁰ Mer om barnets ønsker i avsnitt 6.1.6

¹²¹ Bendiksen mener at dommen i liten grad tar opp hvem samvær er ønskelig for. Hun mener at samværet i større grad burde vært drøftet ut fra barnets synsvinkel, slik hun mener at det blir gjort i større grad i de to tidligere avgjørelsene. Bendiksen (2007)

¹²² Sandberg (2007)

Høyesterett selv som avgjør om norsk rettspraksis er i overensstemmelse med EMK. Uttalelsen kan heller ikke ha betydning for etterfølgende rettspraksis, som for eksempel dommen fra 2007.

7.1.3 Ekstraordinære tilfeller

Ifølge EMDs praksis kan tvangsadopsjon kun skje i ekstraordinære tilfeller. Dette er utslag av det biologiske prinsippet, som står sterkt i EMD. Kravets betydning for nasjonal rett er vurdert i de to siste høyesterettsdommene.

I Rt. 2001 s. 14, s. 22, fant retten ingen grunn til å begrense den prinsipielle uttalelsen i Adelesaken om ekstraordinære tilfeller til kun å omfatte situasjoner der barnet er fratatt mor som spedbarn. Flertallet tolket det nasjonale kravet om sterke grunner i lys av kravet fra EMD.

Mindretallet i samme dom hadde derimot en annerledes tolkning. De tok utgangspunkt i at både etter norsk rett og EMDs praksis er hovedmålsetningen gjenforening mellom barnet og biologiske foreldre, men at det også etter EMDs praksis ikke skal treffes tiltak som kan skade barnets helse og utvikling, jf. Adelesaken, premiss 78. Mindretallet forutsatte at en gjenforening ville skade barnets helse og utvikling. I slike tilfeller mente mindretallet at kravet om ekstraordinære tilfeller ikke lenger gjelder, og at man isteden faller tilbake på om en adopsjon klart er til barnets beste.

Jeg synes mindretallets løsning er interessant. Mindretallet viser respekt for EMD, men tolker kravet innskrenkende, slik at det ikke blir et svært strengt krav, slik som flertallet legger opp til.

I Rt. 2007 s. 561, premiss 51, reiste retten derimot tvil om et krav om ekstraordinære tilfeller følger av EMDs praksis. Som begrunnelse for tvilen ble den andre Adelesaken nevnt.¹²³ Her mente EMD at statens begrunnelse for tvangsadopsjon var relevante og tilstrekkelig. Det ble ikke satt opp krav om ekstraordinært tilfelle.

¹²³ Johansen v. Norway 10.10.02, nærmere om saken i avsnitt 7.1.1

Krav om ekstraordinære tilfeller er også oppstilt av EMD i nyere saker, blant annet i dommen *Gorgulu v. Germany*, premiss 48.¹²⁴ Jeg undres derfor over hvordan Høyesterett kan avvise dette kravet.

Retten i 2007 så det ”i alle fall som uklart hva kravet nærmere skulle innebære”. De mente at langvarig fosterhjemplassering først forekommer når barnet er i en ekstraordinær situasjon. Når de skriver ”i alle fall” holdes muligheten åpen for at dette kan være en feiltolkning av EMD. Jeg er enig i at det er usikkert hva et krav om ekstraordinære tilfeller innebærer. At retten i 2007 skriver i premiss 51 at barn i langvarige fosterforhold er i en ekstraordinær situasjon, er for så vidt riktig når man ser fosterhjemssituasjonen i forhold til normalsituasjonen for barn. Langvarig fosterhjemplassering likevel ikke er tilstrekkelig for å begrunne adopsjon verken etter norsk rett eller EMDs praksis.

Et spørsmål er om EMDs krav inneholder noe mer enn kravet om sterke grunner som allerede er oppstilt i norsk rettspraksis. I 2001 tolket Høyesterett sterke grunner, i lys av kravet fra EMD, og det resulterte i et svært strengt krav for tvangsadopsjon. I dommen fra 2007, premiss 51, sier retten derimot at ”det neppe kan utledes noe mer av EMDs praksis enn at adopsjon krever særlig tungtveiende grunner.” Dette kan forstås som et synonym til ”sterke grunner”. I så fall er vi tilbake på rettstilstanden før Adelesaken.

Mitt inntrykk er likevel at etter en alminnelig forståelse av ordlyden i de to kravene kreves det vesentlig mer etter EMDs praksis enn etter norsk rett. Dette harmonerer også med at det biologiske prinsipp står sterkere i EMD enn i norsk rett. Slik jeg ser det, harmonerer derimot tolkingen av kravet i 2007 bedre med barnekonvensjonen.

7.1.4 Har Adelesaken for EMD ført til en større vektlegging av det biologiske prinsippet i Norge?

Foreldrenes rettigheter og det biologiske prinsippet står sterkere etter EMDs praksis enn i norsk praksis. Spørsmålet er da om EMK og Adelesaken har ført til en større vektlegging av det biologiske prinsipp i norsk rettspraksis enn tidligere. Det synes klart at svaret ble ja

¹²⁴ *Gorgulu v. Germany* 26.05.04. Saken gjaldt adopsjon av fosterhjemsbarn. Krenkelse av artikkel 8.

både i Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14, som vektla samvær med biologiske foreldre i større grad enn det som tidligere er gjort i Norge. Etter dommen fra 2001 virker det på meg som om det biologiske prinsipp sto så sterkt i Norge at det ville være svært vanskelig å få igjennom en tvangsadopsjon. I årene fra 1994 til 1998 var det da også en markant nedgang i antall tvangsadopsjonsvedtak hos fylkesnemnda. Dette skyldes større vektlegging av det biologiske prinsipp, antagelig på grunn av Adelesaken.¹²⁵ Endringen av vektleggingen var antagelig ikke på grunn av den nye barneloven fra 1992. I Rt. 1994 s. 805, s. 810 uttalte Høyesterett at vektleggingen av det biologiske prinsipp er lik ved ny og gammel lov.

I Rt. 2007 s. 561 virket det derimot som om Høyesterett ønsket å snu utviklingen i rettspraksis. Hvis Høyesterett hadde ment å avvike klart fra tidligere praksis, ville riktignok saken blitt plenumsbehandlet, jf. Lov om forandring i lovgivningen om Høyesterett (plenumsloven) 25.6.1925 nr. 2 (plenumsloven) § 1. Det ble den ikke. Likevel virker det som det biologiske prinsipp ble vektlagt i vesentlig mindre grad. Selv om dommen fremstår som konkret, blant annet ved uttalelsen ”en sak som vår” i premiss 55, vil vektleggingen av det biologiske prinsipp i denne saken likevel ha betydning for senere saker.

Begrunnelsen og resultatet i dommen fra 2001 ble sterkt kritisert i litteraturen.¹²⁶ Dette kan ha bidratt til å endre holdningene i Høyesterett.

En annen grunn kan være at barnekonvensjonen ble inkorporert i denne perioden. Selv om andre hensyn unntaksvis kan komme før barnets beste i barnekonvensjonen artikkel 3,¹²⁷ er en adopsjon en beslutning som til de grader er avgjørende for et barns liv slik at hensynet til barnets interesser må komme foran. Et krav om ekstraordinære tilfeller vil kunne føre til en løsning som strider mot barnets beste. Dommen fra 2007 harmonerer bedre med barnekonvensjonens krav enn de to tidligere avgjørelsene.

Hvis inkorporeringen av barnekonvensjonen har hatt betydning for resultatet i dommen fra 2007 er dette en skjult påvirkning. Barnekonvensjonen nevnes i dommens premiss 54, men da er det artikkel 12 om barns rett til å uttale seg, som nevnes.

¹²⁵ St.meld.nr 40 (2001-2002) s. 143

¹²⁶ Bl.a. i Smith (2006) s. 236

¹²⁷ Se avsnitt 4.3

I en undersøkelse der fylkesnemndsvedtak fra 1998 ble gjennomgått viser at i tvangsadopsjonssakene fra 1998 ble samvær med biologiske foreldre vurdert grundigere enn det ble i 1994.¹²⁸ Likefullt er det klart at Høyesterett i den i den siste avgjørelsen åpner for en større mulighet for adopsjon enn i de to tidligere dommene. Der det biologiske prinsipp vurderes som et moment i helhetsvurderingen.

7.2 Hvordan veies det biologiske prinsipp og prinsippet om barnets beste i Høyesterett?

Det biologiske prinsipp står sentralt i vurderingen av barnets beste, men hvordan veies dette mot prinsippet om barnets beste? Når det gis samtykke til adopsjon vil det si at det biologiske prinsippet settes til side. Det kan være vanskelig å se hvordan Høyesterett veier prinsippene.

Utgangspunktet for vektingen synes å være, slik det er sagt i Rt. 1982 s. 1687, s. 1693 at båndet mellom barnet og de biologiske foreldrene må tillegges stor vekt i den skjønsmessige helhetsvurderingen.

Et spørsmål er om det biologiske prinsipp skal veie så tungt at en adopsjon ikke kan gjennomføres hvis samvær med de biologiske foreldrene er ønskelig. En slik vektlegging ville kunne stemme overens med den sterke stillingen samværsretten har etter EMK artikkel 8. Barne- og familiedepartementets støttet en slik ordning.¹²⁹

Både i Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14 ble ikke foreldreansvaret fratatt foreldrene på grunn av at det var ønskelig med samvær. Moren i Rt. 2007 s. 561 viste til departementets uttalelse og de to tidligere avgjørelsene.¹³⁰ Høyesterett var enig i at samvær var ønskelig også i denne saken, men valgte imidlertid å underkjenne uttalelsen fra departementet både fordi den ikke kom i forbindelse med lovbehandling, og fordi de mente at uttalelsen var unyansert. Retten uttalte videre at heller ikke lovens ordlyd taler for at adopsjon er utelukket i slike tilfeller. Deretter ble verdien av Høyesteretts to tidligere avgjørelser

¹²⁸ St.meld.nr 40 (2001-2002) s. 143

¹²⁹ St.meld nr 40 (2001-2002) s. 145

¹³⁰ Nærmere om saksforholdet til de tre dommene i avsnitt 7.1.2

svekket ved å påpeke dissensen i dommene, og at avgjørelsene heller ikke var begrunnet med at adopsjon er rettslig utelukket i tilfeller der det er ønskelig med fortsatt samvær mellom barn og biologiske foreldre. Det er derfor i dag klart at selv om det er ønskelig med samvær, er ikke det et absolutt hinder for tvangsadopsjon.

Selv om samvær ansees som ønskelig vil det ha mindre vekt jo eldre barnet er, dette fordi når barnet blir eldre kan det selv styre samværsordningen. I Rt. 1997 s. 534 der foreldreansvaret ikke ble frakjent mor, la mindretallet mindre vekt på samværsmomentet fordi guttene på 9 og 11 år begynte å bli så store at de selv kunne være med på å bestemme når de skulle treffe mor.

Det neste spørsmålet er om det biologiske prinsipp kan oppfylles med løfter fra fosterforeldrene om fortsatt kontakt etter adopsjon. I mange saker har Høyesterett lagt til grunn at samvær med biologiske foreldre vil fortsette til tross for adopsjon.¹³¹ I de to dommene fra 1997 og 2001 ble det at samværsspørsmålet etter adopsjon var opp til fosterforeldrene ansett som problematisk. Samværet ble ansett som så viktig at de ikke ville risikere at det kunne opphøre ved adopsjon. Det virker som om dette synspunktet er forandret ved at det i dommen fra 2007 igjen ble lagt til grunn at samværet ville fortsette etter adopsjon. Riktignok skiller denne saken seg noe fra de to tidligere sakene ved at fosterforeldrene allerede hadde åpnet for større adgang til samvær med biologisk familie enn det de har hatt rettslig krav på. Likevel vil jeg si at samværsretten mellom den biologiske familie og barnet vektlegges i mindre grad enn det er gjort i de to tidligere dommene.

I de sakene der barnet er fratatt de biologiske foreldrene som baby og ikke har hatt kontakt med dem siden, vil det biologiske prinsippet ha liten vekt. Slik har det også blitt vektet av Høyesterett i flere saker, for eksempel i Rt. 1987 s. 52, der foreldrene ble frakjent foreldreansvaret for en to år gammel jente. Omsorgen for jenta var blitt overtatt av barnevernet da hun var spedbarn. Det hadde ikke vært kontakt mellom de biologiske foreldrene og barnet. Av de sakkyndige ble det påpekt at foreldrene ville være som ”fremmede for barnet”, og retten tilla det biologiske prinsipp liten vekt. Denne vektingen

¹³¹ Bl.a. Rt. 1991 s. 557, s. 563

gjelder derimot ikke i alle saker. I Rt. 1990 s. 1274 fikk foreldrene til en to år gammel gutt medhold i at foreldreansvaret ikke skulle fratas dem, til tross for at det ikke hadde vært kontakt mellom de biologiske foreldrene og barnet siden omsorgsovertakelsen.

Når det gjelder vektleggingen av de andre momentene i barnets beste-vurderingen, er det hovedsakelig trygghetsmomentet og tilknytningen til fosterforeldrene som har veid tyngst. Særlig gjelder dette i saker der barnet er karakterisert som sårbart, på grunn av barnets ekstra trygghetsbehov. Et eksempel på at dette er Rt. 1985 s. 344. Her stadfestet retten fratakelsen av foreldreansvaret for en syv år gammel gutt. Han hadde hatt 11 atskillelser fra omsorgspersoner og ble beskrevet som utrygg og engstelig. Slik jeg leser dommen, var trygghetsmomentet avgjørende for dommens resultat. Det finnes likevel unntak til en slik vektlegging. I dommen fra 1997 der mor ikke ble fratatt foreldreansvaret, ble den ene av guttene beskrevet som ”særlig sårbar”. Her ble ikke trygghetsmomentet vektlagt i like stor grad som i tidligere saker.

Når det gjelder de andre momentene i barnets beste-vurderingen synes de å vektlegges i mindre grad. Slik jeg forstår det brukes disse kun som tilleggsmomenter. Blant annet gjelder dette likestillingsvirkning med andre barn i fosterfamilien. I Rt. 1990 s. 946, s. 954 skriver retten at det har hatt ”en viss betydning (...) at fosterforeldrene allerede har et barn.” Her fremkommer det at dette ikke er et avgjørende moment.

Slik jeg leser dommene er det ikke helt entydig hvordan det biologiske prinsippet vektlegges i forhold til prinsippet om barnets beste. Man kan lure på hvorfor Høyesterett vektlegger prinsippene så forskjellig. Dette kan være fordi vilkåret om barnets beste er et skjønnsmessig vilkår. Selv om det foreligger en del holdepunkter for hva som skal tas med i vurderingen, er det likevel plass til dommerens personlige oppfatninger og dette kan føre til forskjellig vektlegging av prinsippene, noe som kan være begrunnet i personlige erfaringer, alder, kjønn osv. Det er blitt antydnet i litteraturen at resultatet i dommen fra 2001, kan ha hatt sammenheng med kjønnsfordelingen i Høyesterett.¹³² Mindretallet i dommen fra 2001 var kvinner, mens flertallet var menn. Jeg vil tillegge kjønnsaspektet mindre vekt etter den enstemmige dommen fra 2007 der flertallet av dommerne var menn.

¹³² Smith (2001)

Bendiksen stiller spørsmål om slike verdimessige avveininger og valg bør foretas av en gruppe dommere eller om det er vurderinger og valg som lovgiver bør ta.¹³³ Jeg er enig i at det i utgangspunktet bør være lovgiver som tar slike avveininger. Maktfordelingsprinsippet tilsier at det er Stortinget som er lovgiver, når domstolene er med på å fylle ut innholdet i lovbestemmelsene vil vi også få ikke-folkevalgte rettsskapere. Det vil imidlertid ikke være mulig å presisere lovene til hver minste detalj, selv om dette kunne være det beste sett ut fra et demokratihensyn og foreldrenes rettsikkerhet. Det vil være nødvendig med skjønnsmessige vilkår i saker der det skal foretas konkrete vurderinger. For det andre er samfunnet nå internasjonalsert og inkorporeringer av konvensjoner er med på å legge mer makt til domstolene.

¹³³ Bendiksen (2007)

8 Avsluttende kommentarer

8.1 Avsluttende kommentarer

Det er enighet om at det finnes situasjoner der det må gjøres inngrep i familielivet etter EMK artikkel 8. Sandberg beskriver det slik at vi trenger regler for å ivareta enkeltindividet som går på tvers av det som anses som naturens orden.¹³⁴ I hvilke tilfeller et inngrep er nødvendig, kan det derimot være ulike oppfatninger om, blant annet etter nasjonal rett og konvensjonene vi har ratifisert.

Norsk lovtekst er i stor grad i samsvar med barnekonvensjonen. De internasjonale menneskerettighetene har derimot ikke fokus på lovgivningen, men på myndighetenes praksis.¹³⁵ Man kan derfor stille spørsmål om norsk tvangsadopsjonspraksis er i samsvar med barnekonvensjonen. Det synes langt på vei at den siste tvangsadopsjonsdommen, Rt. 2007 s. 561, er det. Det er likevel et spørsmål om det strenge beviskravet for barnets beste som er oppstilt i rettspraksis er i overensstemmelse med barnekonvensjonen.¹³⁶ Beviskravet kan komme i konflikt med barnekonvensjonen artikkel 3(1) om barnets beste.

Det biologiske prinsipp står sterkere etter EMK enn etter nasjonal rett og barnekonvensjonen. Vi skal i nasjonal rett, som nevnt i avsnitt 2.1 benytte samme metode som EMD ved tolkningen av EMK. I Rt. 2001 s. 14 var flertallet opptatt av å følge EMDs praksis og satte opp svært strenge krav for tvangsadopsjon. Det ville imidlertid vært interessant å se hvordan EMD hadde forholdt seg til mindretallets tolkning av EMDs praksis. Smith skriver at skal det bli en effektiv dialog mellom Norge og Strasbourg, må Høyesterett hevde norske synspunkter i sine avgjørelser der det er åpning for nasjonale syn. Han mener videre at vi må lære å akseptere tap i Strasbourg uten å se det som en ydmykelse, men som ledd innenfor en felles nasjonal og internasjonal rettsutvikling.¹³⁷ Jeg

¹³⁴ Sandberg (2005)

¹³⁵ NOU 2000:12, s. 212

¹³⁶ Nærmere om beviskravet for barnets beste i avsnitt 6.2

¹³⁷ Smith (2005)

er enig i dette. På denne måten kan Norge være med på å forme EMDs praksis – til muligens en mer barnevennlig anvendelse av artikkel 8. Å være forsiktig i anvendelsen av EMK kan føre til at man legger for mye bånd på norsk lovgivning. Dette gjelder kanskje særlig i saker om barnevern der man kan si at norsk rett ivaretar barn på en bedre måte enn det EMK gjør.

Det at vi har inkorporert barnekonvensjonen i nasjonal rett, bør kunne tjene til å styrke den barnerettslige siden i norske saker som kommer opp for EMD. At EMD bruker barnekonvensjonen som tolkningsmoment i EMD vil tilsi at vi i Norge også kan trekke barnekonvensjonen inn i tolkningen av EMK i nasjonal rett.¹³⁸ EMK artikkel 8 som gir barn rett på et familieliv samholdt med barnekonvensjonen artikkel 3(2) som gir barn rett til omsorg, kan tolkes slik at barn har rett på et godt familieliv.

Det er bra at Adelesaken har ført til en større fokusering på en grundig vurdering når det gjelder fordeler og ulemper ved adopsjon. Det må foretas en konkret barnets beste-vurdering der også det biologiske prinsipp vurderes konkret. Et sentralt moment er hvilken betydning det har for barnet å opprettholde kontakten med biologiske foreldre. Det bør i den konkrete vurderingen tas hensyn til at en adopsjon medfører et absolutt rettslig brudd og kan medføre et faktisk brudd. Men det blir feil når det biologiske prinsipp gis en forhåndsbestemt stor vekt slik jeg synes det blir gitt i dommene fra 1997 og 2001. Det biologiske prinsipp kan ikke være like tungtveiende for alle barn, særlig fordi dette argumentet også fremmer foreldrenes interesser. Sandberg foreslår å kalle det biologiske prinsipp for det biologiske argument fordi det dermed ikke gis en slik forutbestemt stor vekt.¹³⁹

8.2 De lege ferenda

Det er ved flere anledninger kommet oppfordringer til lovgiver om å åpne adgang til å fastsette samværsrett for de biologiske foreldrene etter adopsjon, såkalt åpen adopsjon. Denne løsningen er ikke mulig med dagens regler. I dag er det opp til adoptivforeldrene å

¹³⁸ Nærmere drøftet i kap. 2

¹³⁹ Sandberg (2005)

avgjøre en eventuell samværsordning mellom de biologiske foreldrene og barnet etter adopsjon.

Åpen adopsjon er blant annet foreslått av både mindretallet og flertallet i Rt. 1997 s. 534.

Barne- og familiedepartementet ønsket derimot ikke en slik lovendring.

Hovedbegrunnelsen var at departementet ikke ville ha en økning i antall tvangsadopsjoner fordi det er et svært inngripende tiltak både ovenfor barn og foreldre.¹⁴⁰

Jeg mener derimot at en mulighet for åpen adopsjon kan være positivt. Lovendringen ville øke fylkesnemndas mulighet til å finne løsninger til barnets beste. På den måten kan barnet både oppnå tryggheten ved en adopsjon og samtidig bli kjent med sine biologiske foreldre. I Rt. 1997 s. 534 og Rt. 2001 s. 14 var det barns behov for samvær som medførte at adopsjonssamtykke ikke ble gitt. Etter Rt. 2007 s. 561 ble det klart at adopsjonssamtykke også kan gis selv om det er ønskelig med samvær med biologiske foreldre. Dette er et sterkt argument for åpen adopsjon. Man er da sikret at samværet fortsetter. En valgmulighet mellom åpen og lukket adopsjon vil gi et større spekter for å finne løsninger som er til det aktuelle barnets beste.

En åpen adopsjon vil gjøre det enklere å forene barnets beste med det biologiske prinsipp. Fordi det biologiske prinsipp er ikke et enten/eller-prinsipp, men et spørsmål om grader,¹⁴¹ vil en åpen adopsjon ivareta det biologiske prinsipp i større grad enn ved en lukket adopsjon.

Befringutvalget stilte spørsmålet om man bør ha en økning i antall tvangsadopsjoner. Dette fordi undersøkelser konkluderer med at det går bedre med adopterte barn enn barn som har varig fosterhjemsstatus.¹⁴² Det viser seg nemlig at det dessverre ikke går så bra med barnevernsbarn når de blir voksne. Tre av fire tidligere barnevernsbarn mottar sosialhjelp minst én gang. De har høyere selvmordsrate og generelt større helseproblemer enn andre. Det er vanskelig å si hva som er årsaken til at det går så dårlig med disse barna. En grunn kan være mangel på ettervern. I 1998 ble begrepet ”barn” i barnevernsloven utvidet til også

¹⁴⁰ St.meld.nr 40 (2001-2002) s. 144

¹⁴¹ Sandberg (2005)

¹⁴² NOU 2000:12, s. 152

å omfatte ungdom opp til 23 år, jf. bvl. § 1-3(2) ledd. Dette ettervernet viser seg imidlertid å ikke fungerer så bra.¹⁴³ Et adoptert barn får foreldrene som tar vare på det også etter fylte 18 år. En adopsjon er ment å vare livet ut.

¹⁴³ Stokke (2007)

9 Kilder

Monografier

Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn*. Universitetsforlaget, 1980

Den Europæiske Menneskeretskonvention. Per Lorenzen...[et al.]. 2.utg. København, 2003

Detrick, Sharon. *A commentary on the united nations convention on the rights of the child*, 1999.

Echoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 6 utg. Oslo, 1997

Helgeland, Ingeborg Marie. *Unge med atferdsvansker blir voksne*. Oslo, 2007

Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, Unicef, 1998

Lindboe, Knut. *Barnevernsrett*, 4. utg, Universitetsforlaget, 2003

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Ofstad, Kari og Randi Skar. *Barnevernloven med kommentarer*, 4 utg, Oslo, 2004

Sandberg, Kirsten. *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*. Gyldendal, 2003

Smith, Lucy. *Foreldremyndighet og barnerett*. Oslo, 1980

Smith, Lucy og Peter Lødrup. *Barn og foreldre*. 7 utg. Gyldendal, 2006

Stang, Elisabeth Gording. *Barns rett til foreldre*. Oslo, 1995

Stang, Elisabeth Gording. *Det er barnets sak*. Oslo, 2007

Artikler og redigerte verk

Barnevern og omsorgsovertakelse. Redigert av Steinar Tjomsland. 2 utg. Oslo, 2003

Bendiksen, Renate. *Adopsjon som barneverntiltak – hva nå?* I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2007, s.211-225

Benneche, Gerd. *Rettslig overprøving av barnevernsvedtak*. I: Lov og Rett. 1975, s.339

Kilkelly, Ursula. *The impact of the convention on the case-law of the European court of human rights*. I: Revisting children`s rights, 2000, s. 87 – 100

Lindboe, Knut. *Fylkesnemndene – ressursbruk, rettssikkerhet og rettslig overprøving*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettlige spørsmål, 2005, s. 195 - 196

Lindboe, Knut. *Om beviskravet i barnevernsaker*. I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2007, s.177

Lindboe, Knut. *Tvangsadopsjon – til det beste for barnet?* I: Juristkontakt. 2002, s.50-52

Sandberg, Kirsten. *Adopsjonssamtykke- Høyesteretts dom 20.04.07*. I: Nytt i privatretten. 2007

Sandberg, Kirsten. *Inkorporering av FNs barnekonvensjon i norsk rett*. I: Kritisk Juss. 2004, s.216-329

Sandberg, Kirsten. *Naturens orden – til barnets beste?* I: Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2005, s.145-150

Smith, Carsten. *Fra konvensjon til lov*. I: Mennesker og rettigheter, 1999, s. 267

Smith, Carsten. *Om Høyesteretts forhold til den Europeiske menneskerettskonvensjon*. I: Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter. 2005, s. 433

Smith, Lucy. *Barns menneskerettigheter. Særlig om barns medbestemmelsesrett*. I: Jussens Venner. 1981, s.418-430

Smith, Lucy. *Bokessay; Barnekonvensjonen – erfaringer ti år etter*. I: Mennesker og Rettigheter. 2003, s.80

Smith, Lucy. *Fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon? Høyesterettsdom av 10.januar 2001*. I: Nytt i privatretten. 2001

Smith, Lucy. *Norsk barnevernlovgivning og internasjonale menneskerettighetsstandarder*. I: mennesker og rettigheter. 1999, s. 356-366

Stokke, Olga. *18 år og dumpes av barnevernet*. I: Aftenposten. 5.november 2007

Lover

Lov 17. mai 1918 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven, Grl.)

Lov 25. juni 1926 nr. 2 om forandring i lovgivningen om Høiesterett

Lov 17. juli 1953 nr. 14 om barnevern

Lov 8. april 1981 nr.7 om barn og foreldre (barnelova, bl.)

Lov 28. februar 1986 nr. 8 om adopsjon (adopsjonsloven, adl.)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven, bvl.)

Lov 21. mai 1999 nr.30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, mrl.)

Forarbeider og etterarbeider

(oppført etter utgivelsesdato)

NOU 1985:18	Lov om sosiale tjenester
Ot.prp.nr 60 (1988-1989)	Om lov om sosiale tjenester
Ot.prp. nr 44 (1991-1992)	Om lov om barneverntjenester
Innst.O. nr 80 (1991-1992)	Om lov om barneverntjenester
NOU 2000:12	Barnevernet i Norge
St.meld nr 40 (2001-2002)	Om barne- og ungdomsvernet
Ot.prp.nr 45 (2002-2003)	Om lov om endring i menneskerettsloven
St. meld nr 17 (2004-2005)	Makt og demokrati

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1982 s.1687

Rt. 1984 s. 1175

Rt. 1985 s. 344

Rt. 1987 s. 52

Rt. 1990 s.657

Rt. 1990 s. 1274

Rt. 1991 s. 557

Rt. 1991 s. 1355

Rt. 1992 s. 306

Rt. 1994 s. 323

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1994 s. 805

Rt. 1995 s. 85

Rt. 1997 s. 534

Rt. 1998 s. 791

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2001 s. 14

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2007 s. 561

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)

Tyrer v The United Kingdom 25.04 1978

Johansen v Norway 07.08 1996

T v. The United Kingdom 16.12.1999

V v The United Kingdom 16.12.1999

Johansen v Norway 10.10.2002

Gorgulu v Germany 26.05. 2004

Rapport fra FNs barnekomité

28/06/2000 CRC/C/15/Add.126

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/45fb58b43eaa96be8025690000354509?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/45fb58b43eaa96be8025690000354509?Opendocument)

